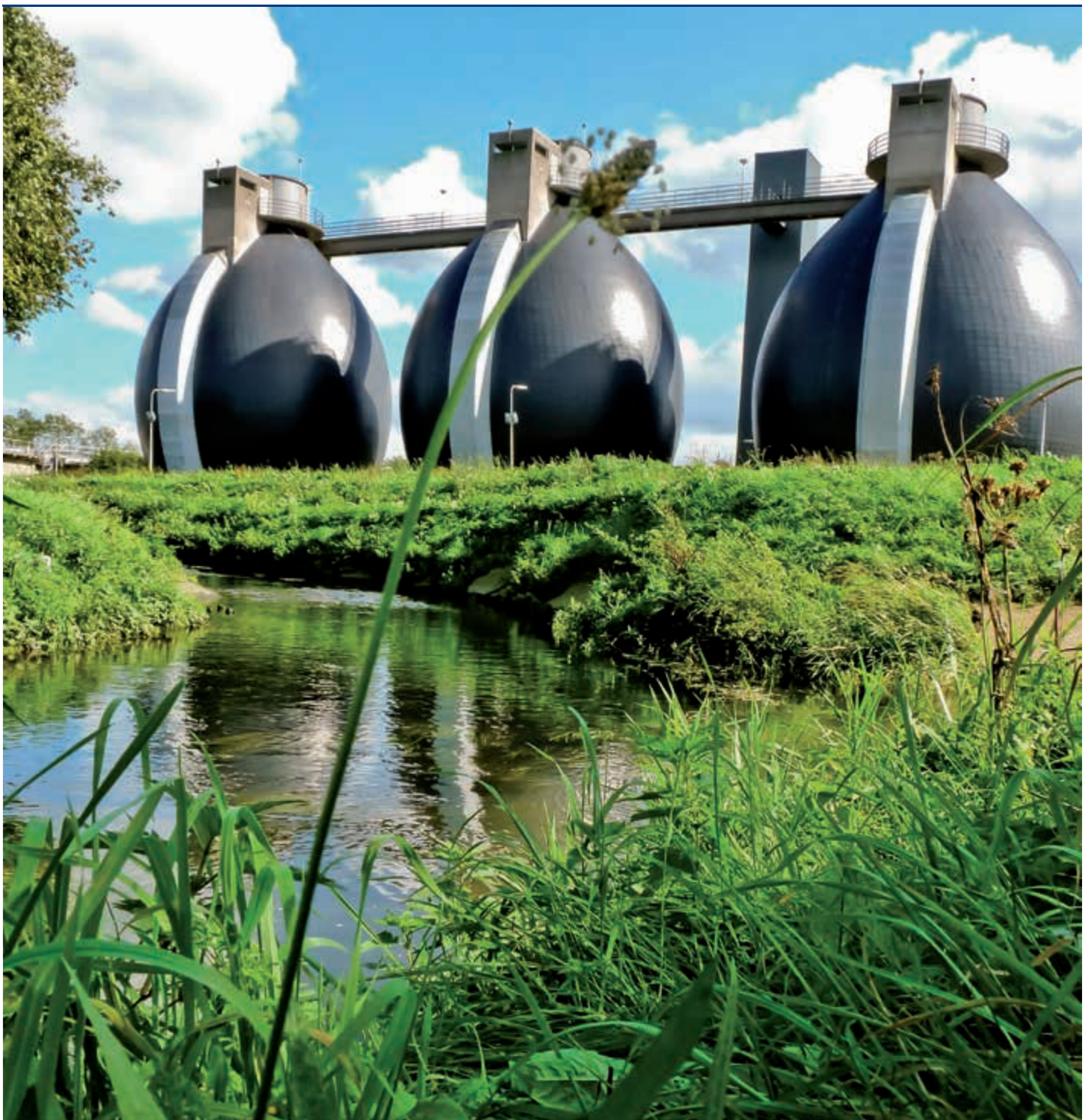


Mr. I.S. Sloover
Mr. K. Klootwijk

Berenschot

Juridische handreiking Duurzame Energie en Grondstoffen Waterschappen



Juridische handreiking Duurzame Energie en Grondstoffen Waterschappen

Mr. I.S. Sloover

Mr. K. Klootwijk

Inhoud

Voorwoord	7	5. Staatssteun, mededinging, markt en overheid	61
Samenvatting	10	5.1 Samenvatting	61
1. Inleiding en aanleiding	17	5.2 Beschrijving van het juridische landschap	61
1.1 Duurzame ambities	17	5.3 Handreiking staatssteun, mededinging, markt en overheid in relatie tot energie en grondstoffen	66
1.2 Transitie van de afvalwaterketen	18	5.4 Uitdagingen en mogelijke oplossingen	71
1.3 Juridische belemmeringen en onduidelijkheden	18	5.5 Risicoanalyse	71
2. Wettelijk kader inzake waterschappen	21	5.6 Checklist	71
2.1 Samenvatting	21	6. Samenwerking en rechtsvormen	75
2.2 Beschrijving van het juridische landschap	21	6.1 Samenvatting	75
2.3 Wet- en regelgeving	22	6.2 Beschrijving van het juridische landschap	75
2.4 Handreiking wettelijk kader inzake taken waterschappen in relatie tot het produceren en leveren van energie en grondstoffen	22	6.3 Handreiking organisatievormen in relatie tot energie en grondstoffen	76
2.5 Risicoanalyse	32	6.4 Uitdagingen en mogelijke oplossingen	81
2.6 Conclusies	33	6.5 Risicoanalyse	83
3. Afvalstoffenrecht	35	6.6 Checklist	84
3.1 Samenvatting	35	7. Fiscaal recht	85
3.2 Inleiding	37	7.1 Samenvatting	85
3.3 Beschrijving van het juridische landschap	37	7.2 Omzetbelasting: beschrijving van het fiscale landschap	85
3.4 Handreiking afvalstoffenwetgeving in relatie tot de terugwinning van grondstoffen door waterschappen	39	7.3 Handreiking omzetbelasting in relatie tot energie en grondstoffen	93
3.5 Uitdagingen en mogelijke oplossingen	45	7.4 Risicoanalyse	95
3.6 Risicoanalyse	47	7.5 Checklist	102
3.7 Checklist	47	7.6 Vennootschapsbelasting	103
4. Aanbestedingswet- en regelgeving	49	7.7 Beschrijving van het fiscale landschap	104
4.1 Samenvatting	49	7.8 Toekomstige wetgeving	112
4.2 Beschrijving van het juridische landschap	49	7.9 Handreiking vennootschapsbelasting in relatie tot energie en grondstoffen	116
4.3 Handreiking aanbestedingsrecht in relatie tot energie en grondstoffen	52	7.10 Uitdagingen en mogelijke oplossingen	116
4.4 Uitdagingen en mogelijke oplossingen	57	7.11 Risicoanalyse	117
4.5 Risicoanalyse	57	7.12 Checklist	117
4.6 Checklist	58	7.13 Energiebelasting	118
		7.14 Beschrijving van het fiscale landschap	118
		7.15 Handreiking energiebelasting in relatie tot energie en grondstoffen	122
		7.16 Uitdagingen en mogelijke oplossingen	122
		7.17 Risicoanalyse	123
		7.18 Checklist	123

8. Energierecht	125	9. Casebeschrijvingen	161
8.1 Samenvatting	125	9.1 Case 1: Energiefabriek	161
8.2 Inleiding wet- en regelgeving energie	128	9.2 Case 2: Warmtelevering voor het zuiveringsproces	167
8.3 Elektriciteit (swetgeving): beschrijving van het juridische landschap	128	9.3 Case 3: Productie elektriciteit op eigen terrein	172
8.4 Jurisprudentie	129	9.4 Case 4: Terugwinning en levering van fosfaat	177
8.5 Handreiking productie en levering elektriciteit	132	9.5 Case 5: Levering van gezuiverd water	182
8.6 Particuliere elektriciteitsnetten	137	9.6 Case 6: Subsidie voor zonnepanelen	187
8.7 Schematische weergave	140	Bijlagen	189
8.8 Belemmeringen en mogelijke oplossingen ...	140	Trefwoordenregister	196
8.9 Risicoanalyse	141		
8.10 Checklist	141		
8.11 Gas (wetgeving): beschrijving van het juridische landschap	142		
8.12 Handreiking productie en levering van gas ...	145		
8.13 Schematische weergave	152		
8.14 Belemmeringen en mogelijke oplossingen ...	153		
8.15 Risicoanalyse	153		
8.16 Checklist	154		
8.17 Warmte (wetgeving): beschrijving van het juridische landschap	155		
8.18 Jurisprudentie	155		
8.19 Handreiking productie en levering van warmte	155		
8.20 Schematische weergave	159		
8.21 Belemmeringen en mogelijke oplossingen ...	160		
8.22 Risicoanalyse	160		
8.23 Checklist	160		



Juridische handreiking in opdracht van de Unie van Waterschappen en STOWA

Onder redactie van:

Mr. I.S. Sloover – Berenschot
Mr. K. Klootwijk – Berenschot

Met medewerking van:

Mr. dr. H.J.M. Havekes (wettelijke taken) – Unie van Waterschappen
Mw. mr. dr. A. Veldkamp (afvalstoffenrecht) – Royal HaskoningDHV Legal Consultancy
Mw. mr. Y.M. Emonds (energierecht) – Royal HaskoningDHV Legal Consultancy
Mr. M. Raafs (omzetbelasting) – Zeker Fiscaal
Mr. J. van Bavel (vennootschapsbelasting) – Verder Fiscaal

Begeleidingscommissie:

Mw. mr. F. Minderhoud (voorzitter) – Waterschap Rivierenland
Mr. R.J.J. Lazaroms (secretaris) – Unie van Waterschappen
Mw. Ir. C.A. Uijterlinde – STOWA
Ing. J.G. Jogems – Waterschap Vechtstromen
J. van Keulen – Waterschap Reest en Wieden
Ing. P. Regoort – Ministerie IenM
Mw. mr. drs. H. Verbeek – Ministerie IenM

Bestuurlijke klankbordgroep:

Mw. drs. H. Roorda – Waterschap Rivierenland
Mr. J. Oggel – Waterschap Groot Salland
Drs. J.G.M. Schouffoer – Hoogheemraadschap Rijnland
Mw. drs. A.J.M. Schelwald-van der Kley – Waterschap Zuiderzeeland

Juridische handreiking Duurzame Energie en Grondstoffen

STOWA Rapportnummer 2014-40

ISBN 978.90.5773.670.4

Deze handreiking is digitaal verkrijgbaar op de website www.uvw.nl onder het thema Duurzaamheid.

Foto cover met dank aan Waterschap Vechtstromen

November 2014

Voorwoord

Belangrijke prioriteiten van milieubeleid zijn de zorg voor het klimaat, een gezonde en veilige leefomgeving en de reductie van afval. Deze zorg is vertaald in nationale doelstellingen voor energiebesparing, duurzame energieproductie en reductie van broeikasgassen. Daarnaast streeft het kabinet naar een transitie van onze lineaire economie naar een meer circulaire economie om de hoeveelheid afval te reduceren. Dit is een grote maatschappelijke opgave. Het kabinet geeft hieraan vorm door samen te werken met vele partijen in het maatschappelijk veld o.a. via akkoorden, green deals en convenanten.

De waterschappen leveren een substantiële bijdrage aan deze nationale doelstellingen. Binnen hun werkveld krijgt dit concreet vorm door de versterking en aanpassing van dijken en watersystemen, het voeren van een actief energiebeleid en met de terugwinning van waardevolle grondstoffen. Dit beleid strekt zich uit over het gehele werkterrein van het waterschap, zowel de afvalwaterketen als het watersysteem. De waterschappen hebben een handelingsperspectief met de 340 rioolwaterzuiveringsinstallaties en ruim 3600 boezem- en poldergemalen die zij in bedrijf hebben. Ook is er veel biomassa en grondareaal beschikbaar.

De waterschappen zijn hun werkzaamheden in hoog tempo aan het verduurzamen en boeken hiermee aansprekende resultaten. Afvalwater wordt steeds meer beschouwd als een bron van duurzame energie, grondstoffen en schoon water. Het is in potentie rijk aan biogas, fosfaat, cellulose, alginaat, CO₂, stikstof en bouwstenen voor bioplastics. Met het project Van Afval naar Grondstof (VANG) wil het kabinet op termijn komen tot een reductie van te verbranden afval van 50%. De afvalwaterketen kan hieraan een wezenlijke bijdrage leveren. Veel voorbeelden bij de waterschappen laten al zien dat het winnen van energie en grondstoffen niet alleen bijdraagt aan een duurzame samenleving, maar ook tot kostenvoordelen kan leiden. Duurzaamheid en doelmatigheid gaan zo hand in hand.

Een van de belangrijkste ambities van de sector is om in 2020 minstens 40% van het energieverbruik zelf duurzaam op te wekken. Daarnaast doen de waterschappen onderzoek naar de ontwikkeling van windenergie, zonne-energie en waterkracht op waterschapsobjecten, zoals dijken, stuwen en gemalen. De sector heeft zonder druk van buiten zichzelf een opdracht gegeven voor een duurzame transitie en deze ambities vastgelegd in diverse convenanten en akkoorden: de Meerjarenafspraken energieefficiency, het Klimaatakkoord, de Green Deals, het Ketenakkoord Fosfaatkringloop en recentelijk nog het SER Energieakkoord.

De sector ligt goed op koers met het behalen van zijn ambities, maar er zijn ook grote uitdagingen. Er zijn technische uitdagingen, maar juridische onduidelijkheden en vragen lijken de sector op dit moment meer parten te spelen, vooral in de interactie met de omgeving. Dit is logisch, want de productie en levering van energie en grondstoffen uit afval(water) is nog een betrekkelijk nieuw fenomeen. Hoe ziet het juridisch landschap eruit? Waar liggen de uitdagingen, risico's en belemmeringen en hoe kunnen de waterschappen hiermee omgaan? Wat is het handelingsperspectief? En met welke belemmeringen moet de Unie van Waterschappen met het Rijk aan de slag om deze voor de toekomst te kunnen oplossen?

Om op deze vragen een adequaat antwoord te kunnen geven, hebben de Unie van Waterschappen en STOWA, in nauwe samenwerking met het Ministerie van Infrastructuur en Milieu, deze handreiking ontwikkeld. De vele juridische aspecten die zijn verbonden aan het werk van de waterschappen, zijn in deze handreiking systematisch en begrijpelijk in beeld gebracht. Dit is van belang, omdat de waterschappen voor grote investeringsbeslissingen staan. Deze handreiking is geen blauwdruk, werken aan innovatie is vaak omgaan met onzekerheden. De afvalwaterketen blijft in beweging en de handreiking wordt

een dynamisch document, dat periodiek zal worden geactualiseerd.

De handreiking toont aan dat duurzame activiteiten, zoals energieproductie en grondstoffenwinning goed passen binnen het wettelijke kader waarbinnen de waterschappen moeten opereren. Daarbij dienen zij zich wel te houden aan de bestaande juridische regels, die in deze handreiking uitvoerig zijn beschreven. De waterschappen kunnen voortgaan op de ingeslagen weg en zich blijven ontwikkelen als een duurzame en doelmatige overheid. Daar waar de regelgeving wel een belemmering blijkt te zijn, gaan wij samen bezien of hiervoor, indien mogelijk en wenselijk, een oplossing kan worden gevonden, bijvoorbeeld in het kader van de Green Deal aanpak.

Wij staan immers gezamenlijk voor het doel om de kringloop economie te realiseren, met zo gering mogelijk gebruik aan natuurlijke hulpbronnen en een zo laag mogelijke emissie van broeikasgassen.

Wij rekenen erop dat deze handreiking een praktisch handvat biedt waarmee u uit de voeten kunt. En wij wensen u veel succes bij uw eigen inspanning om de kansen te verzilveren!

Chris Kuijpers

Directeur-Generaal Milieu en Internationaal
Ministerie van Infrastructuur en Milieu

Hennie Roorda

Bestuurslid
Unie van Waterschappen





Samenvatting

Inleiding en achtergrond

De waterschappen zijn in hoog tempo hun werkzaamheden aan het verduurzamen. Daarbij beschouwen zij afvalwater steeds meer als een bron van duurzame energie, grondstoffen en schoon water. In het kader van de Meerjarenaafspraken energie-efficiency is de visiebrochure Routekaart afvalwaterketen 2030 opgesteld, waarin deze transitie is beschreven. De oprichting van de 'Energie- en Grondstoffen-fabriek', een samenwerkingsproject waaraan alle waterschappen deelnemen, geeft aan deze transitie een belangrijke impuls. Doel hiervan is om rioolwaterzuiveringsinstallaties energieneutraal of leverend te maken en om waardevolle grondstoffen terug te winnen. Dat is niet alleen duurzaam, maar ook doelmatig doordat er kosten worden bespaard. Inmiddels zijn al diverse energiefabrieken gerealiseerd en wordt gewerkt aan de ombouw van nog veel meer rioolwaterzuiveringsinstallaties.

De Unie van Waterschappen heeft met het Rijk diverse convenanten en akkoorden gesloten waarin de ambities van de waterschappen zijn vastgelegd, zoals de Meerjarenaafspraken energie-efficiency (2008), het Klimaatakkoord (2010), de Lokale Klimaatakkoord (2011), het Bestuursakkoord Water (2011), het Ketenakkoord fosfaatkringloop (2011) en recentelijk nog het SER Energieakkoord (2013). Hierin zijn met het Rijk beleidsmatige afspraken gemaakt over duurzame energie- en fosfaatwinning. De waterschappen willen in 2020 minstens 40% van hun energieverbruik zelf opwekken. Daarbij is afgesproken dat er in 2015 een aantal rioolwaterzuiveringsinstallaties zal zijn omgebouwd tot energiefabrieken en een aantal fosfaatfabrieken zal zijn gerealiseerd. Daarnaast zijn afspraken gemaakt over onderzoek en ontwikkeling van windenergie, zonne-energie en waterkracht op waterschapsobjecten, zoals dijken, stuwen en gemalen. Van zijn kant heeft het Rijk toegezegd om onverhoopte juridische belemmeringen zo veel mogelijk weg te zullen nemen. De transitie wordt door het Rijk actief ondersteund. De

waterschappen hanteren het uitgangspunt dat dergelijke duurzame investeringen ook kostenefficiënt zijn.

Er is voldoende ambitie bij de waterschappen en de techniek lijkt zaken mogelijk te maken. Wel zijn er onduidelijkheden en vragen op het juridische vlak. Dit is niet onlogisch, want levering van grondstoffen en energie zijn voor de waterschappen nog betrekkelijk nieuwe activiteiten. Relevante vragen daarbij zijn: Hoe ziet het juridische landschap eruit? Wat zijn juridisch gezien de mogelijkheden en uitdagingen? Wat is er nodig om eventuele belemmeringen in de toekomst weg te nemen? Vanwege deze onduidelijkheden is de onderhavige handreiking opgesteld. Deze beoogt waterschappen (bestuurders, projectleiders en juristen) helderheid te verschaffen.

Vertrekpunt van deze handreiking zijn de wensen en ambities van waterschappen om doelmatig en duurzaam hun taken uit te voeren door bijvoorbeeld in de afvalwaterketen afval om te zetten in schone grondstoffen, energie en schoon water. In het hoofdstuk over het wettelijk kader wordt uitgebreid stilgestaan bij dit uitgangspunt en hoe dat zich verhoudt met de taken van het waterschap. De handreiking gaat vervolgens in op de juridische aspecten betreffende productie en levering van energie en grondstoffen door waterschappen op het gebied van afvalstoffenwetgeving, aanbestedingsrecht, staatssteun, mededinging, markt en overheid, samenwerking en organisatievormen, fiscaal recht en energiewetgeving.

Wettelijk kader waterschappen

Er bestaat momenteel bij een aantal waterschappen onduidelijkheid over de vraag of de productie en levering van energie en grondstoffen door waterschappen binnen de (zuiverings)taak van het waterschap valt. Diverse studies die de afgelopen jaren op dit terrein zijn verschenen, geven verschillende antwoorden, hetgeen tot onzekerheid leidt. Aangezien de waterschappen voor grote investerings-

beslissingen staan (verdere realisatie van energie- en grondstoffenfabrieken), is duidelijkheid geboden. Om deze reden zijn in het kader van de onderhavige handreiking de relevante wettelijke bepalingen nog eens grondig onderzocht. Dat betreft niet alleen de wettelijke bepalingen ten aanzien van de taken van de waterschappen, maar ook die met betrekking tot de financiering van deze taken. Dit laatste vloeit voort uit het gegeven dat de waterschappen hun taken vrijwel volledig via eigen heffingen bekostigen, hetgeen bepaalde beperkingen aan de bestedingsmogelijkheden daarvan stelt.

Het waterschap is een vorm van functioneel bestuur, dat gekenmerkt wordt door een beperkt takenpakket. Anders dan bij provincies en gemeenten, die vormen van algemeen bestuur zijn en om die reden in principe meer vrijheid hebben om taken op te pakken, zijn de taken van het waterschap beperkt. In de provinciale reglementen voor de waterschappen wordt een en ander verder uitgewerkt, waarbij uiteraard niet van de bepalingen van de Waterschapswet en Waterwet kan worden afgeweken. Uit de Waterschapswet blijkt dat het waterschap binnen deze taakstelling in beginsel vrij is om te bepalen hoe het zijn taken vervult.

Dit nadere onderzoek van de relevante wettelijke bepalingen wijst uit dat de productie en levering van energie en grondstoffen door waterschappen geen juridische bezwaren oproepen. De minister van Infrastructuur en Milieu deelt dit standpunt, gezien haar brief van 26 april 2013 aan de Tweede Kamer. Zij ziet voor de onderhavige activiteiten geen juridische belemmeringen, mits deze plaatsvinden in het kader van de uitvoering van de wettelijke taken, zoals het zuiveringsbeheer en het watersysteembeheer, en de mededingingsrechtelijke regels worden gerespecteerd. De mededingingsregels maken de productie en levering van energie en grondstoffen eveneens mogelijk, maar verbinden wel eisen aan die activiteiten.

Afvalstoffenwet- en regelgeving

Door waterschappen worden diverse grondstoffen teruggewonnen en voor diverse toepassingen geleverd aan derden, bijvoorbeeld struviet uit zuiverings-slib voor toepassing in de landbouw, cellulose uit zeefgoed voor isolatiemateriaal en toepassing in de wegenbouw, en gezuiverd effluentwater voor toepassing in de industrie en landbouw.

De bestaande afvalstoffen- en mestregelgeving kennen een aantal voorwaarden die beperkend kunnen werken ten aanzien van deze terugwinning en levering aan derden. Concreet gaat het erom dat het in de praktijk niet altijd duidelijk is of, en zo ja wanneer, deze stoffen het predicaat van afvalstof verliezen. Hierdoor is het voor waterschappen de vraag of zij deze stoffen al dan niet als secundaire grondstof of meststof kunnen verkopen aan derden. Het waterschap zal de beoordeling of er sprake is van de 'einde-afvalfase' (end-of-waste) per teruggewonnen stof op basis van alle concrete omstandigheden eerst zelf moeten onderbouwen aan de hand van de vragenlijst uit de Handleiding "Afval of niet" van Rijkswaterstaat Leefomgeving, ministerie van IenM. Het verdient aanbeveling dat het waterschap de uitkomst laat toetsen door de Helpdesk Afvalbeheer van Rijkswaterstaat. In geval van een positief advies van de Helpdesk Afvalbeheer kan het waterschap de minister van IenM, onder overlegging van het onderbouwende onderzoek inclusief advies, verzoeken een besluit te nemen. Een dergelijk besluit stelt voor het waterschap buiten iedere twijfel vast dat de betrokken stof zonder bijkomende vergunning-, meldings- en registratieverplichtingen op grond van de afvalstoffenwetgeving kan worden geleverd aan derden. Een vergelijkbaar resultaat kan worden bereikt door het bevoegd gezag voor de rioolwaterzuiveringsinstallatie in het kader van de aanpassing van de omgevingsvergunning te verzoeken om een besluit over de einde-afvalfase te nemen in het kader van de vergunning. Wanneer de afvalstoffenregelgeving niet meer van toepassing is, kunnen, afhankelijk van

aard en samenstelling van de teruggewonnen stof, bepaalde (registratie)verplichtingen uit de Europese REACH-verordening van toepassing zijn.

Aanbestedingswet- en regelgeving

Aanbestedingswet- en regelgeving is van toepassing op alle uitbestedingen van het waterschap. Het maakt daarbij niet uit of een opdracht wordt uitbesteed aan een private onderneming, een overheidsbedrijf of een andere overheid, zoals een ander waterschap of een gemeente. Indien aanbestedingswet- en regelgeving niet (op de juiste manier) wordt toegepast, biedt deze wetgeving aanbieders op de markt relatief eenvoudige ingangen om hierover juridische procedures te starten jegens het waterschap.

Om zo veel mogelijk te voorkomen dat een waterschap in juridische procedures terechtkomt, zijn in dit hoofdstuk punten opgenomen waarmee rekening moet worden gehouden bij het uitbesteden van opdrachten. Voorts hoeft het aanbestedingsrecht niet altijd een belemmering op te leveren voor samenwerking. Een aantal uitzonderingen maakt het mogelijk om een samenwerkingspartner te kiezen, zonder voorafgaande (Europese) aanbestedingsprocedure. Het is wel belangrijk rekening te houden met de criteria die bij iedere situatie weer opnieuw getoetst moeten worden.

Staatssteun, mededinging, markt en overheid

Staatssteun wordt vaak gekenmerkt door financiële hulp van de overheid voor een onderneming. Indien een waterschap besluit om een bepaald bedrijf te helpen en andere bedrijven niet, kan er sprake zijn van ongeoorloofde steun omdat er oneerlijke concurrentie ontstaat. Lidstaten van de Europese Unie moeten hun steunmaatregelen vooraf melden bij de Europese Commissie en deze commissie beoordeelt uiteindelijk of de steun is toegestaan. Niet alle steun vanuit een waterschap is per definitie ongeoorloofd, want er zijn diverse vrijstellingen mogelijk. Wordt bepaalde steun gekenmerkt als ongeoorloofde staatssteun, dan

is het waterschap verplicht het gehele steunbedrag terug te vorderen. Dit kan voor de steunontvanger grote gevolgen hebben.

Indien een waterschap economische activiteiten gaat verrichten, kan het voor het mededingingsrecht beschouwd worden als onderneming. Wanneer een waterschap zich begeeft op de markt, bijvoorbeeld door het leveren van grondstoffen aan derden, dient deze activiteit getoetst te worden aan het mededingingsrecht. Ondernemingen mogen op grond van het mededingingsrecht onderling ook geen afspraken maken waardoor de concurrentie op de markt wordt belemmerd. Schending van het mededingingsrecht kan boetes opleveren voor het waterschap. Het mededingingsrecht kent ook een aantal uitzonderingsbepalingen waarop een beroep kan worden gedaan.

Sinds 2012 is de Wet markt en overheid van kracht, waarmee extra gedragsregels zijn opgenomen in de Mededingingswet met betrekking tot het gedrag van overheden, wanneer zij zich op de markt begeven. De gedachte bij deze wetgeving is dat de overheid de mededinging niet mag verstoren wanneer zij marktactiviteiten uitvoert.

Samenwerking en rechtsvormen

Waterschappen kunnen de productie en levering van energie en grondstoffen in eigen hand nemen en deze activiteiten zelf uitvoeren en de bijbehorende risico's dragen. De activiteiten kunnen dan door eigen diensten worden uitgevoerd of het waterschap kan hiervoor een privaatrechtelijke rechtspersoon oprichten die deze activiteiten uitvoert. Samenwerking op het gebied van de productie en levering van energie en grondstoffen kan waterschappen synergievoordelen opleveren, bijvoorbeeld het samen investeren in nieuwe technologie, kennis delen en het beperken van financiële risico's. Waterschappen kunnen samenwerken met andere waterschappen of overheden, maar samenwerking met private

partijen is ook mogelijk. Indien waterschappen gaan samenwerken, kunnen zij gebruik maken van zowel publiekrechtelijke als privaatrechtelijke rechtsvormen, alsook combinaties hiervan.

De publiekrechtelijke vormen zijn in de Wet gemeenschappelijke regelingen geregeld en in deze samenwerkingsvormen kunnen in beginsel alleen overheden deelnemen. Het bekendste voorbeeld is de gemeenschappelijke regeling met openbaar lichaam met een algemeen en dagelijks bestuur. De privaatrechtelijke vormen zijn met name in het Burgerlijk Wetboek geregeld. Voorbeelden zijn de stichting, de besloten vennootschap (BV), naamloze vennootschap (NV) en de coöperatie. Al deze rechtsvormen kennen hun eigen juridische kaders en veelal worden in de statuten aanvullende bepalingen opgenomen. Waterschappen kunnen ook samenwerken met private ondernemingen in een van de bovenstaande privaatrechtelijke vormen. Deze vorm van samenwerking wordt een joint venture genoemd. Een joint venture in de vorm van bijvoorbeeld een BV houdt in dat het waterschap en een private onderneming beide aandelen houden in de BV, dus gezamenlijk eigenaar zijn. Een waterschap kan ook in de vorm van een publiek-private samenwerking (PPS) samenwerken, waarbij het aanbestedingsrecht van toepassing is op de selectie van de marktpartij.

Welke samenwerkingsvorm wordt gekozen en met welke partijen samenwerking wordt gezocht bij de productie en levering van energie en grondstoffen, vergt een zelfstandige afweging van het waterschap. Met behulp van een afwegingskader kan inzichtelijk gemaakt worden wat de kenmerken zijn van de rechtsvormen en welke kenmerken relevant zijn voor het samenwerkingsverband.

Omzetbelasting, vennootschapsbelasting en energiebelasting

Waterschappen kunnen te maken krijgen met omzetbelasting (btw), vennootschapsbelasting en

energiebelasting bij de productie en levering van energie en grondstoffen. Deze drie belastingsoorten kennen elk hun eigen juridische belastingplicht en hun eigen begrippen.

Voor de omzetbelasting is het Europese btw-systeem van belang met betrekking tot de verplichting uit de btw-richtlijn om bij de levering van goederen en het verrichten van diensten een belasting te heffen over de toegevoegde waarde (btw). Deze btw-richtlijn is in Nederland overgenomen in de Wet op de omzetbelasting.

Bij het opwekken van energie en de productie van grondstoffen rijst voor de btw de belangrijkste vraag in welke hoedanigheid het waterschap optreedt. Handelt het waterschap als btw-ondernemer, dan wordt het geconfronteerd met 21% btw-heffing, maar kan het ook de btw op kosten en investeringen ('inkoop-btw') in aftrek brengen, die toerekenbaar is aan zijn btw-belaste ondernemersactiviteiten. Vanuit het btw-regime is eenieder die een zelfstandig bedrijf uitoefent, btw-ondernemer. Als gevolg daarvan kan eenieder (volledig rechtsvormneutraal), die duurzaam (meer dan eenmaal) deelneemt aan het economisch verkeer (een prestatie verricht tegen vergoeding) een btw-ondernemer zijn, dus ook een waterschap. Treedt het waterschap niet op als btw-ondernemer of als overheid, dan blijft btw-heffing achterwege. Een waterschap handelt als overheid als het optreedt in het kader van een specifiek voor het waterschap geldend juridisch regime en daarbij niet in concurrentie treedt met private partijen (btw-ondernemers). Uit praktisch oogpunt kan worden gesteld dat een waterschap handelt als btw-ondernemer voor zover het waterschap tegen vergoeding werkzaamheden verricht, die verder gaan dan de wettelijk opgedragen taak.

Vennootschapsbelasting (Wet op de vennootschapsbelasting) wordt geheven over het (fiscale) exploitatieresultaat (de fiscale 'winst') van een

belastingplichtige. De belastingplicht voor de vennootschapsbelasting wordt in beginsel bepaald door de rechtsvorm waarin activiteiten worden ontplooid. Sommige rechtsvormen worden door de wet vanzelf belastingplichtig verklaard, bijvoorbeeld de BV en NV. Het is dan niet van belang welke activiteiten die rechtsvorm verricht.

Voor (de ondernemingen van) publieke rechtspersonen geldt een andere regeling. Waterschappen kwalificeren als publieke rechtspersoon op grond van het Burgerlijk Wetboek. In het kader van de vennootschapsbelasting is het voor waterschappen dus relevant om de gevolgen van deze uitzonderingspositie te kennen. Op grond van de huidige wet geldt – kort gezegd – dat een publiekrechtelijke rechtspersoon niet belastingplichtig is, tenzij een in de wet genoemde belaste activiteit wordt uitgeoefend waarmee een onderneming wordt gedreven. In de Wet op de vennootschapsbelasting staat een specifieke lijst met bezigheden van publieke rechtspersonen die als onderneming kunnen kwalificeren. Op grond van deze opsomming is voor waterschappen het drijven van een zogeheten ‘nijverheidsbedrijf’ de voornaamste reden om de aanwezigheid van een onderneming te constateren. Daarbij geldt dat de uitoefening van een nijverheidsbedrijf (met uitzondering van die welke uitsluitend of nagenoeg uitsluitend water leveren) dus tot belastingplicht leidt. Onder nijverheidsbedrijf moeten mede begrepen worden: ‘bedrijven die gas, elektriciteit of warmte produceren, transporteren of leveren, alsmede bedrijven die netten of leidingen aanleggen of beheren ten behoeve van het transport van gas, elektriciteit of warmte’. De productie en levering van deze energie leidt daardoor voor waterschappen tot belastingplicht.

Op 16 september 2014 is het wetsvoorstel ‘Modernisering VPB-plicht overheidsondernemingen’ ingediend waarmee de belastingplicht voor overheidsondernemingen wordt gemoderniseerd, effectief ingaande per 1 januari 2016. De hoofdregel - een

waterschap is niet belastingplichtig (tenzij bijvoorbeeld een nijverheidsbedrijf wordt uitgeoefend) - wordt omgedraaid: overheidsondernemingen zijn belastingplichtig, tenzij een in de wet genoemde vrijstelling van toepassing is. Omdat de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel plaatsvindt na het verschijnen van deze juridische handreiking, doen waterschappen er goed aan in de loop van 2015 aandacht te besteden aan de gevolgen van de nieuwe wetgeving.

De energiebelasting maakt formeel deel uit van de Wet belastingen op milieugrondslag (Wbm). Het primaire doel van de heffing van deze rijksbelasting is het verkrijgen van algemene middelen en als secundaire overweging wordt met deze verbruiksbelasting op milieugrondslag beoogd om een financiële prikkel te geven tot energiebesparing en beperking van CO₂-uitstoot. Energiebelasting wordt geheven bij de levering van aardgas en overige gassen (hoogovengas, cokesovengas, kolengas, raffinaderijgas, KV-gas en elektriciteit). Met betrekking tot energie uit duurzame energiebronnen (hernieuwbare energiebronnen) is voorzien in een bijzondere regeling, omdat deze energievormen uit milieuoogpunt zo veel mogelijk bevorderd moeten worden.

Energiewet- en regelgeving

De markt voor productie van elektriciteit is vrij en in beginsel mag een waterschap zelf elektriciteit produceren en deze zelf gebruiken. De opgewekte elektriciteit wordt omgevormd tot wisselstroom, die vervolgens wordt getransporteerd naar de meterkast waarna de stroom wordt verbruikt. Een waterschap kan de elektriciteit die het produceert maar niet zelf gebruikt, terugleveren aan het elektriciteitsnet, waarvoor het waterschap een terugleververgoeding kan krijgen. Het waterschap dient de elektriciteit via een leverancier te verkopen aan een programmaverantwoordelijke (PV-partij). Daartoe moet het waterschap aan het energiebedrijf alsmede aan de netbeheerder doorgeven dat het wil gaan terugleveren.

Een waterschap kan de opgewekte elektriciteit ook leveren aan derden en daartoe met deze derden contracten sluiten. Elke leverancier van elektriciteit moet op grond van de Elektriciteitswet 1998 een programmaverantwoordelijke hebben. Deze partij is verantwoordelijk voor de inkoop van elektriciteit.

Waterschappen zijn op grond van de Elektriciteitswet 1998 aan te merken als grootverbruikers. Levering van elektriciteit door waterschappen aan grootverbruikers is vrij en mag zonder vergunning. Voordeel is dat een waterschap als grootverbruiker de inkoop van energie zelf kan regelen en niet verplicht is om energie in te kopen bij leveranciers die beschikken over een vergunning. Als het waterschap elektriciteit wil verkopen aan kleinverbruikers, moet het beschikken over een vergunning, tenzij er sprake is van een uitzonderings situatie zoals opgenomen in de Elektriciteitswet. De vergunning moet worden aangevraagd bij de Autoriteit Consument en Markt.

Als een waterschap beschikt over een particulier elektriciteitsnet, kan het om ontheffing vragen van de verplichting tot het aanwijzen van een netbeheerder voor een elektriciteitsnet. Er is sprake van een particulier elektriciteitsnet in geval van een gesloten distributiesysteem dan wel van een directe lijn.

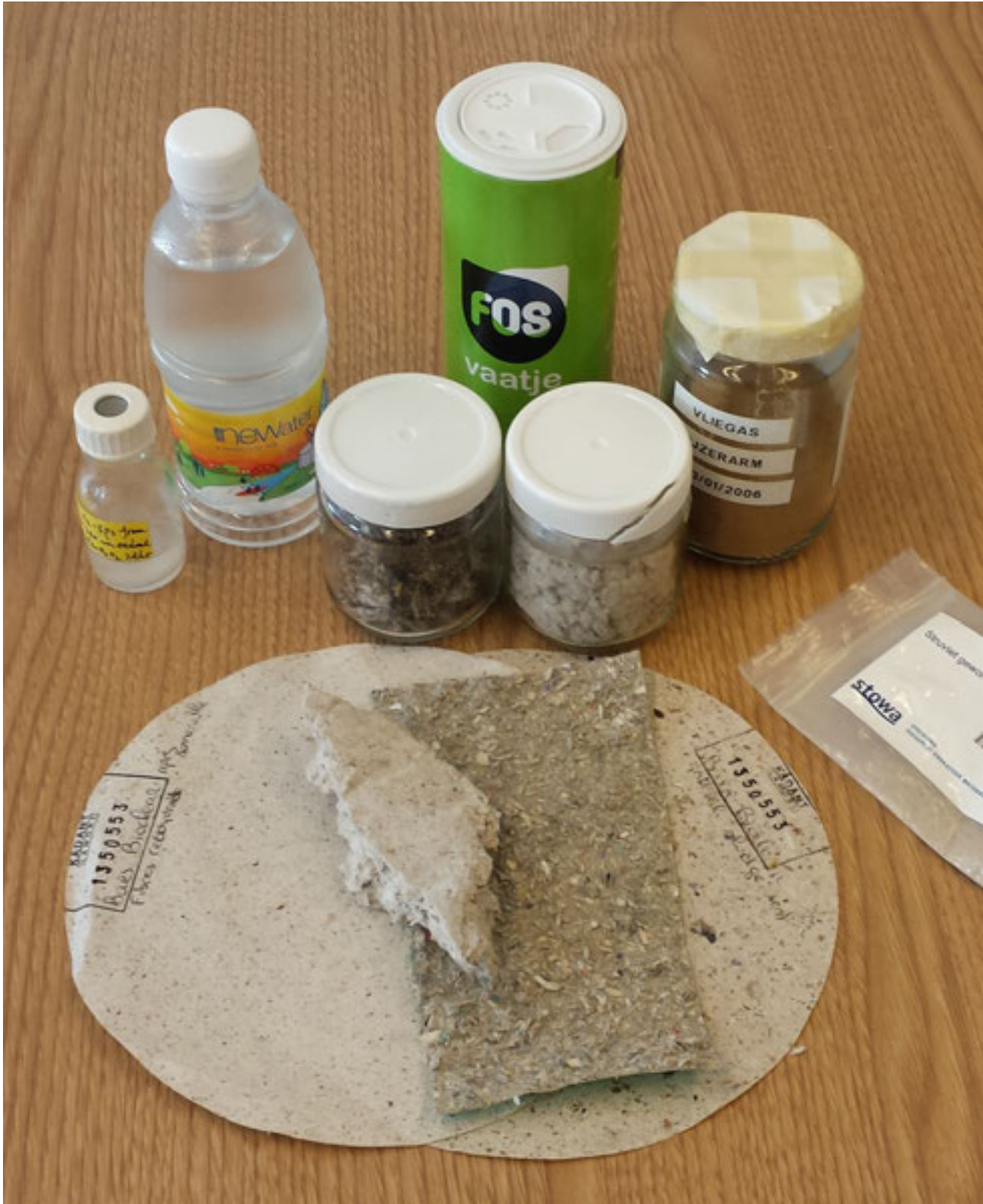
De markt van de productie van biogas en de opwerking en invoeding van groen gas is liberaal. Dit betekent dat waterschappen de vrijheid hebben te bepalen of en waar ze gas willen produceren, en aan/van welke partijen ze dit willen (ver)kopen. Wel moet het waterschap rekening houden met de regelgeving voor het produceren van biogas. Het waterschap kan het opgewekte (onbewerkte) biogas zelf gebruiken of verkopen aan derden. Ook kan het biogas worden opgewerkt tot groen gas. Opwerking tot groen gas is vereist als het gas wordt ingevoerd in een aardgasnetwerk. Om groen gas te kunnen invoeden op het aardgasnet, heeft een waterschap een aansluiting op het net nodig.

Een waterschap mag zonder vergunning gas leveren aan grootverbruikers. Waterschappen worden aangemerkt als grootverbruiker, indien zij over een aansluiting beschikken met een capaciteit van meer dan 40 m³ per uur. Indien een waterschap gas wil leveren aan kleinverbruikers, is op grond van de Gaswet een vergunning vereist. Indien er sprake is van een levering 'anders dan bedrijfsmatig' of in het kader van een samenwerkingsverband van kleinverbruikers, is geen vergunning vereist.

De markt voor productie van warmte is vrij. Een waterschap mag zelf warmte produceren en deze zelf gebruiken. De Warmtewet is van toepassing indien er warmte wordt geleverd aan kleinverbruikers in de zin van de Warmtewet, te weten verbruikers met een warmteaansluiting tot 100 kW. Indien een waterschap warmte wil leveren aan kleinverbruikers, moet het waterschap een vergunning aanvragen bij de minister van Economische Zaken. Een vergunning is niet vereist in geval van kleinschalige levering van warmte, zoals bepaald in de Warmtewet.

De Warmtewet regelt niet de levering van warmte aan grootverbruikers. Concreet betekent dit dat wanneer een waterschap warmte zou willen leveren aan een grootverbruiker, het geen vergunning nodig heeft en in beginsel vrij is om een prijs te bepalen en voorwaarden te stellen aan de levering van warmte. Op grond van de Mededingingswet moeten de prijs en voorwaarden echter redelijk zijn.

Uit bovenstaande samenvatting blijkt dat de waterschappen ambities hebben om doelmatig en duurzaam hun taken uit te voeren en dat de techniek veel mogelijk kan maken. In deze juridische handreiking wordt een overzicht gegeven van een aantal geselecteerde rechtsgebieden die in ieder geval aandacht behoeven bij de afweging om energie en grondstoffen te produceren en te leveren.



1. Inleiding en aanleiding

1.1 DUURZAME AMBITIES

De waterschappen dragen zorg voor een groot deel van het waterbeheer in Nederland en hebben daarmee grote invloed op de kwaliteit van de leefomgeving: veiligheid, droge voeten en schoon water. Passend binnen een traditie van langetermijndenken zijn zij de afgelopen jaren actief om hun werkzaamheden verder te verduurzamen. Om de gevolgen van de klimaatverandering op te vangen, worden dijken versterkt en watersystemen robuuster gemaakt. Daarnaast leveren de waterschappen een bijdrage aan de vermindering van broeikasgassen, door minder van het energienet gebruik te maken, groene stroom in te kopen en door zelf duurzame energie te produceren, zoals biogas. Dergelijke maatregelen blijken overigens tevens doelmatig te zijn, in de zin van kostenefficiënt (lagere energienota). Daarnaast zorgen de waterschappen voor de verwijdering van allerlei stoffen uit het rioolwater, zodat deze niet in het watermilieu terecht komen. In toenemende mate worden grondstoffen ook teruggewonnen, zodat deze weer een nuttige toepassing kunnen krijgen (bijvoorbeeld als meststof). Dit geldt onder andere voor fosfaat dat al op enkele rioolwaterzuiveringen in de vorm van struviet wordt teruggewonnen. Anderen voorbeelden van grondstoffen die in de (nabije) toekomst zouden kunnen worden teruggewonnen, zijn cellulose, polymeren (bioplastics) en CO₂. Met deze inzet leveren de waterschappen een tastbare bijdrage aan de ontwikkeling van de circulaire economie.

De duurzame ambities van de waterschappen zijn helder en zichtbaar. De Unie van Waterschappen heeft met het Rijk diverse convenanten en akkoorden gesloten waarin deze ambities zijn vastgelegd, zoals de Meerjarenaafspraken energie-efficiency (2008), het Klimaatakkoord (2010), de Lokale Klimaatagenda (2011), het Bestuursakkoord Water (2011), het Ketenakkoord fosfaatkringloop (2011) en recentelijk nog het SER Energieakkoord voor duurzame groei (2013). Hierin zijn met het Rijk afspraken gemaakt over duurzame energie- en fosfaatwinning. De waterschappen willen in 2020 minstens 40% van hun energieverbruik zelf opwekken. Ook is afgesproken dat er in 2015 een aantal energie- en fosfaatfabrieken zullen zijn gerealiseerd. Daarnaast zijn afspraken gemaakt over onderzoek en ontwikkeling van windenergie, zonne-energie en waterkracht op waterschapsobjecten, zoals dijken, stuwen en gemalen. Van zijn kant heeft het Rijk toegezegd om onverhoopte juridische belemmeringen zo veel mogelijk weg te zullen nemen.

De transitie wordt door het Rijk actief ondersteund. De waterschappen hanteren het uitgangspunt dat dergelijke duurzame investeringen ook kostenefficiënt zijn. In de praktijk is dit vaak ook het geval.

1.2 TRANSITIE VAN DE AFVALWATERKETEN

De verduurzaming van de afvalwaterzuivering is opvallend. De waterschappen beschouwen afvalwater steeds meer als een bron van duurzame energie, grondstoffen en schoon water. In het kader van de Meerjarenaafspraken energie-efficiency (MJA) is in 2012 de visiebrochure Routekaart afvalwaterketen 2030 opgesteld, waarin deze transitie is beschreven. En die transitie is feitelijk al begonnen. Zo is in 2008 de Energiefabriek opgericht, een samenwerkingsproject van de waterschappen met als doel de zuiveringsinstallaties energieneutraal te maken. Inmiddels zijn al diverse energiefabrieken gerealiseerd en wordt gewerkt aan de ombouw van nog veel meer rioolwaterzuiveringsinstallaties. In 2012 is het Transitieteam Grondstoffenfabriek opgericht met de bedoeling om gezamenlijk verder vorm te geven aan de productie en levering van grondstoffen. Per 1 januari 2014 zijn de Energiefabriek en Grondstoffenfabriek gefuseerd. Alle 23 waterschappen zijn bij dit samenwerkingsverband aangesloten.

Het eindbeeld voor de afvalwaterketen is dat waterschappen op grote schaal duurzame energie, grondstoffen en zuiver water uit afvalwater winnen, eventueel opwerken en afzetten op de markt. Vaak afhankelijk van lokale mogelijkheden en in samenwerking met lokale partijen.

1.3 JURIDISCHE BELEMMERINGEN EN ONDUIDELIJKHEDEN

Bij de uitvoering van genoemde convenanten is gebleken dat er veel vragen zijn op juridisch vlak. De waterschappen zijn technisch al behoorlijk succesvol in de productie van energie en grondstoffen, maar onduidelijkheid over mogelijke juridische belemmeringen wanneer zij gaan leveren aan derden, maakt hen onzeker. Onderzoeken zoomen vaak slechts in op één of enkele aspect(en) in het juridische spectrum en veel blijft nog onduidelijk. De brief van de minister van Infrastructuur en Milieu aan de Tweede Kamer (april 2013) geeft aan dat ook vanuit het Rijk welwillend naar innovatievraagstukken wordt gekeken en dat men bereid is mee te denken.

De minister heeft daarnaast aangegeven dat zij geen wettelijke belemmeringen ziet voor het leveren door waterschappen van reststoffen van het zuiveringsproces aan private partijen en het leveren van energie uit effluent en slibvergisting aan woningen en bedrijven. Dit heeft een deel

van de onduidelijkheid weggenomen. De minister stelt echter ook dat deze activiteiten moeten plaatsvinden in het kader van de uitvoering van de wettelijke taken van de waterschappen en dat moet worden voldaan aan de mededingingsrechtelijke regels. Waar de grens nu precies ligt, is tot op heden nog niet voor iedereen helder.

Berenschot heeft de opdracht gekregen om de volgende vragen te beantwoorden en op basis daarvan een praktische handreiking op te stellen: Hoe ziet het juridische landschap eruit? Wat zijn juridisch gezien de mogelijkheden en uitdagingen? Wat is er nodig om de belemmeringen in de toekomst weg te nemen? Daarbij gebruikmakend van concrete casussen waar al juridische belemmeringen zijn opgeheven of oplossingen zijn gevonden.

De voorliggende juridische handreiking is geschreven om de waterschappen, of het nu gaat om juristen, projectleiders of bestuurders, de gewenste helderheid te verschaffen. De handreiking biedt houvast en richting, maar geen oplossing op maat en zal niet alle specifieke vragen van elke individuele casus kunnen beantwoorden. Het is dan ook aan het waterschap zelf om afwegingen te maken aan de hand van deze juridische handreiking.

Vertrekpunt van de handreiking zijn de wensen en ambities van waterschappen om doelmatig en duurzaam in de afvalwaterketen afval om te zetten in schone grondstoffen, energie en schoon water. In het hoofdstuk over het wettelijk kader wordt uitgebreid stilgestaan bij dit uitgangspunt en hoe dat zich verhoudt met de taken van het waterschap. De handreiking gaat vervolgens in op de juridische aspecten inzake productie en levering van grondstoffen en energie door waterschappen op het gebied van afvalstoffenwetgeving, aanbestedingsrecht, staatssteun, mededinging, markt en overheid, samenwerking en organisatievormen, fiscaal recht en energiewetgeving¹⁾.

1) Deze juridische handreiking is afgesloten op 23 oktober 2014; wijzigingen in wet- en regelgeving van na deze datum zijn niet meer meegenomen.



2. Wettelijk kader inzake waterschappen

Analyse van het wettelijk kader inzake taken waterschappen

2.1 SAMENVATTING

In de praktijk is momenteel voor een aantal waterschappen onduidelijk of de productie en levering van energie en grondstoffen binnen de (zuiverings)taak van het waterschap valt. Nader onderzoek naar de relevante wettelijke bepalingen, waarvan hierna verslag wordt gedaan, heeft uitgewezen dat dit het geval is; dergelijke activiteiten roepen dus geen juridische bezwaren op. Meer concreet is daarin aangetoond dat - zoals ook in de betreffende brief van de minister van IenM aan de Tweede Kamer wordt gesteld - voor zover deze activiteiten plaatsvinden in het kader van de uitvoering van de wettelijke taken, zoals het zuiveringsbeheer en het watersysteembeheer, en voor zover de mededingingsrechtelijke regels worden gerespecteerd, daarvoor geen wettelijke belemmeringen bestaan. Anders dan in een eerder STOWA-rapport is bepleit, is daarvoor dus geen wetswijziging vereist. Het risico van een dergelijke wetswijziging, die eruit zou bestaan dat waterschappen hun taken op duurzame wijze moeten uitoefenen, is bovendien dat deze in de praktijk zijn doel voorbij kan schieten. Voorts worden indachtig de brief van de minister hieronder enkele andere praktijkvoorbeelden op het terrein van energieopwekking en levering geschetst, die het waterschap zonder bezwaar kan oppakken.

2.2 BESCHRIJVING VAN HET JURIDISCHE LANDSCHAP

Het juridische landschap met betrekking tot de productie en levering van energie en grondstoffen door waterschappen is breed en omvat verschillende rechtsgebieden. Deze komen verderop in deze handreiking uitvoerig aan de orde. Naar aanleiding van de onduidelijkheid die momenteel in de praktijk bestaat, concentreert dit hoofdstuk zich op het wettelijk kader inzake de taken van de waterschappen. In dat kader wordt de vraag beantwoord of het waterschap gezien zijn wettelijk takenpakket bevoegd is tot de productie en levering van energie en grondstoffen. Past dit binnen zijn taken?

2.3 WET- EN REGELGEVING

Functioneel bestuur	Het waterschap is een vorm van functioneel bestuur, dat gekenmerkt wordt door een beperkt takenpakket. Anders dan bij provincies en gemeenten, die vormen van algemeen bestuur zijn en om die reden in principe vrij zijn om alles op te pakken wat hen goeddunkt, tenzij een hogere regeling zich daartegen verzet, zijn de taken van het waterschap beperkt. Dit functionele karakter komt ook in de wetgeving tot uitdrukking. Het takenpakket van het waterschap is geregeld in art. 1 Waterschapswet. Het eerste lid van deze bepaling omschrijft waterschappen als “openbare lichamen welke de waterstaatkundige verzorging van een bepaald gebied ten doel hebben”. Het tweede lid kleurt deze algemeen geformuleerde taakopdracht nader in en bepaalt dat de taken die tot dat doel aan waterschappen worden opgedragen de zorg voor het watersysteem en de zorg voor de zuivering van (stedelijk) afvalwater betreffen. Deze zorgplicht voor de zuivering van stedelijk afvalwater is nader gepreciseerd in art. 3.4 Waterwet. Het derde lid van art. 1 Waterschapswet bepaalt dat de zorg voor het watersysteem mede omvat het voorkomen van schade aan waterstaatswerken veroorzaakt door muskus- en beverratten. Dit taakonderdeel is nader geregeld in art. 3.2A Waterwet. In de provinciale reglementen voor de waterschappen wordt een en ander verder uitgewerkt, waarbij uiteraard niet van de bepalingen van de Waterschapswet en Waterwet kan worden afgeweken. Naast de regeling van de taken is in dit verband ook art. 56 Waterschapswet van betekenis. Het eerste lid van dit artikel bepaalt dat het waterschapsbestuur “bevoegd is tot regeling en bestuur ter behartiging van de taken die het waterschap in het reglement zijn opgedragen”. Het waterschap heeft dan wel een beperkt takenpakket, uit dit artikel blijkt dat het echter in beginsel vrij is om te bepalen hoe het zijn taken vervult. Ten slotte zijn in dit verband ook enkele fiscale bepalingen van belang. Art. 117 Waterschapswet bepaalt dat ter bestrijding van kosten die zijn verbonden aan de zorg voor het watersysteem een watersysteemheffing wordt geheven. Art. 122d Waterschapswet bepaalt dat ter bestrijding van kosten die zijn verbonden aan de behartiging van de taak van het zuiveren van afvalwater een zuiveringsheffing wordt ingesteld. Beide heffingen kennen in zoverre een ‘gesloten’ karakter dat de opbrengst uitsluitend voor het watersysteembeheer respectievelijk het zuiveringsbeheer mag worden aangewend.
Zorgplicht	
Provinciaal reglement	

2.4 HANDREIKING WETTELIJK KADER INZAKE TAKEN WATERSCHAPPEN IN RELATIE TOT HET PRODUCEREN EN LEVEREN VAN ENERGIE EN GRONDSTOFFEN

2.4.1 Inleiding

Er bestaat momenteel bij een aantal waterschappen onduidelijkheid over de vraag of de productie en levering van energie en grondstoffen

door waterschappen binnen de (zuiverings)taak van het waterschap valt. Diverse studies die de afgelopen jaren op dit terrein zijn verschenen, geven verschillende antwoorden, hetgeen tot onzekerheid leidt. Aangezien de waterschappen voor grote investeringsbeslissingen staan (verdere realisatie van energie- en grondstoffenfabrieken), verlangen zij duidelijkheid. Daarom zijn in het kader van de onderhavige handreiking de relevante wettelijke bepalingen nog eens grondig onderzocht. Dat betreft niet alleen de wettelijke bepalingen ten aanzien van de taken van de waterschappen, maar ook die met betrekking tot de financiering van deze taken. Dit laatste vloeit voort uit het gegeven dat de waterschappen hun taken vrijwel volledig via eigen heffingen bekostigen, hetgeen bepaalde beperkingen aan de bestedingsmogelijkheden daarvan stelt. De belastingplichtigen moeten er immers op kunnen vertrouwen dat de waterschappen de belastingmiddelen verantwoord inzetten en niet besteden aan andere zaken dan waarvoor de belasting wordt geïnd. Daarbij moet vooraf benadrukt worden dat de onderhavige discussie niet zozeer de taken zelf van het waterschap betreft, maar de wijze waarop deze kunnen/moeten worden uitgevoerd.

2.4.2 Achtergrond vraagstelling

In een groot aantal akkoorden met het Rijk heeft de waterschapssector zich de afgelopen jaren verplicht werk te maken van energieopwekking en grondstoffenterugwinning. Er zijn concrete afspraken gemaakt over de realisatie van een aantal energie- en grondstoffenfabrieken. In dit kader is de vraag gerezen in hoeverre de productie en levering van energie en grondstoffen past binnen de taakomschrijving van het waterschap.

Met het oog op deze onduidelijkheid heeft de STOWA de Universiteit Utrecht enkele jaren geleden opdracht gegeven deze vraag te beantwoorden. In het betreffende rapport²⁾ wordt benadrukt dat de waterwetgeving de waterschappen wel uitnodigt om hun taken doelmatig uit te voeren, maar niets zegt over duurzaamheid. Kort samengevat wordt in het rapport geconcludeerd dat alleen de productie van energie uit afvalwater voor eigen gebruik door de waterschappen binnen de wettelijke taakstelling valt. De levering van energie (en grondstoffen) aan derden valt daar nadrukkelijk buiten, omdat in de wet niet expliciet is bepaald dat dit tot de zuiveringstaak van de waterschappen kan worden gerekend. De kosten van de productie en levering van deze energie, die als marktactiviteiten worden gekwalificeerd, zouden dan ook niet bekostigd mogen worden uit de opbrengst van de zuiveringsheffing.³⁾ Weliswaar wordt het in de afsluitende conclusies en aanbevelingen denkbaar geacht dat de (juridische) risico's voor de waterschappen in de praktijk meevallen en dat zij op de gekozen weg kunnen voortgaan,

Taakomschrijving

Rapport "Innovatie en duurzaamheid: Valorisatie van afvalwater"

2) Rapport "Innovatie en duurzaamheid: Valorisatie van afvalwater", STOWA 2012/47.
3) STOWA 2012/47, p. 31-33.

maar toch verdient het volgens het rapport⁴⁾ de voorkeur expliciet in de Waterschapswet en de Waterwet vast te leggen dat de taken van de waterschappen – in het bijzonder de zuivering – op een duurzame wijze dienen te worden uitgevoerd.

Rapport "Rembrandt Water"

Een ander rapport dat in dit kader van belang is, is het rapport van de RebelGroup en Allen & Overy over de inzet van Nederlandse drinkwaterbedrijven en waterschappen in het buitenland.⁵⁾ Weliswaar betreft het hier een andere vraagstelling, te weten in hoeverre de Nederlandse waterschappen gelet op hun wettelijke taak in het buitenland commerciële activiteiten mogen verrichten, maar deze toont duidelijke overeenkomsten met de onderhavige vraagstelling. In het rapport wordt dan ook regelmatig verwezen naar het hiervoor genoemde STOWA-rapport. Mits aan een aantal randvoorwaarden wordt voldaan, zoals de relatie met de uitvoering van de publieke taak, geen gevaar voor publieke taken, beperkte aanwending van 'geormerkte middelen' en geen ongeoorloofde kruissubsidiëring, worden - wederom kort samengevat - geen wettelijke belemmeringen voor genoemde activiteiten gezien.⁶⁾ Dit rapport lijkt daarmee een duidelijk breder spoor te kiezen dan dat van de STOWA.

Brief minister IenM

In een brief van 26 april 2013 aan de Tweede Kamer heeft de minister van IenM op verzoek van de Unie van Waterschappen (UvW) kort haar licht over de onderhavige vraag laten schijnen.⁷⁾ Daarin zegt de minister geen wettelijke belemmeringen voor de onderhavige activiteiten te zien, mits zij plaatsvinden in het kader van de uitvoering van de wettelijke taken van de waterschappen, zoals het zuiveren van afvalwater en watersysteembeheer. Met de woorden 'in het kader van' is tot uitdrukking gebracht dat de activiteiten 'dienstbaar' moeten zijn aan genoemde taken. Ook zal moeten worden voldaan aan mededingingsrechtelijke regels. Daarbij noemt de minister expliciet als toegestane activiteiten de levering aan private partijen van reststoffen van het zuiveringsproces die voor hen als grondstof dienen en de levering aan woningen en bedrijven van energie uit (effluent)lozingen van gezuiverd afvalwater en uit slibvergisting. Andere mogelijkheden, zo stelt zij in de brief, zullen samen met de UvW worden onderzocht. Kern van deze brief is dus dat de eerder bedoelde wijziging van de Waterschapswet en de Waterwet niet nodig wordt geacht. Tot dusver is deze dan ook niet in gang gezet.

Helaas heeft deze op zich heldere brief van de minister in de praktijk nog niet bij alle waterschappen de gewenste duidelijkheid en zekerheid gebracht. Er blijven vragen bestaan, zodat het noodzakelijk is deze afdoende te beantwoorden.

4) In het rapport worden ook enkele andere opties gepresenteerd, die hier korthedshalve verder buiten beschouwing blijven.

5) Rapport "Rembrandt Water: Expanderen op de internationale markt van geïntegreerde contracten. Bundeling van Nederlandse kracht op drink- en afvalwaterdiensten," Den Haag 2013.

6) RebelGroup en Allen & Overy, p. 9-12 en in het bijzonder p. 47-62.

7) Kamerstukken II, 2012-2013, 33400 J, nr. 19, p. 12.

2.4.3 Beantwoording centrale vraag

Met het STOWA-rapport moet worden erkend dat het in zijn algemeenheid aanbeveling verdient de taken en bevoegdheden van de diverse overheden helder in de wet vast te leggen. Dat geldt niet in de laatste plaats voor het waterschap, dat immers een functionele bestuursvorm is met een beperkt takenpakket, te weten de waterstaatkundige verzorging van een bepaald gebied zoals artikel 1 lid 1 Waterschapswet het formuleert. Anderzijds heeft de minister in haar brief nadrukkelijk aangegeven binnen bepaalde randvoorwaarden geen wettelijke belemmeringen te zien voor de onderhavige activiteiten. Van die zijde wordt het dus niet nodig geacht de in het STOWA-rapport voorgestelde wetswijziging in gang te zetten. Deze verschillende benadering wordt in hoofdzaak veroorzaakt doordat in het STOWA-rapport duurzaamheidsoverwegingen het centrale aandachtspunt vormen, waarbij het feit dat de onderhavige activiteiten mede vanuit doelmatigheidsoverwegingen ingegeven zijn te veel op de achtergrond is geraakt. Deze constatering is niet zonder betekenis, aangezien het STOWA-rapport in de kern geen onoverkomelijke problemen ziet voor activiteiten die (mede) vanuit doelmatigheidsoogpunt plaatsvinden. Het doelmatigheidsbelang is namelijk op verschillende plaatsen in de wettelijke bepalingen terug te vinden. Het STOWA-rapport ziet eigenlijk uitsluitend problemen voor activiteiten die volledig of overwegend vanuit duurzaamheidsoogpunt plaatsvinden en pleit om die reden voor een wetswijziging die dergelijke activiteiten een wettelijke basis verschaft. Anders gezegd, vanuit het doelmatigheidsperspectief lijken de onderhavige activiteiten dus reeds binnen de uitgangspunten van het STOWA-rapport te vallen.

Duurzaam en doelmatig

Hierna wordt de centrale vraag of de productie en levering van energie en grondstoffen binnen de (zuiverings)taak van het waterschap valt aan de hand van eerdergenoemde documenten nader geanalyseerd en beantwoord.

In dit kader is het allereerst goed om ter nuancering te benadrukken dat ondanks de onderhavige activiteiten de rol van de waterschappen beperkt zal blijven tot die van een relatief kleine, lokale energieproducent. Hoewel de bijdrage aan biogas substantieel is, zullen de waterschappen alle zeilen bij moeten zetten om de afspraak van 40% zelfvoorziening in 2020 te realiseren. Van die 40% wordt het overgrote deel ingezet voor eigen gebruik en maar een zeer beperkt deel aangewend voor levering aan derden, al zal dit in de toekomst door lokale overschotten wel kunnen gaan verschuiven. Per saldo blijven de waterschappen ook de komende tien à vijftien jaar echter een grote energieverbruiker. De energienota wordt betaald uit de opbrengst van de eigen belastingen. Elke activiteit om het eigen netto-energieverbruik omlaag te brengen, past dus binnen de doelmatige uitvoering van de taken. De waterschappen willen zich daarbij uiteraard aan het daarvoor geldende wettelijk kader houden. Het verlagen van het netto-energieverbruik

doen de waterschappen op verschillende manieren: energiebesparing/ energie-efficiency en biogasproductie, maar ook - zoals afgesproken in het Energieakkoord - door onderzoek naar de inzet van andere duurzame energiebronnen op de eigen terreinen, zoals windmolens op dijken en waterkrachtturbines in het eigen watersysteem. Toepassing van andere energiebronnen vindt al op beperkte schaal plaats.

Bij grondstoffen ligt het verhaal iets anders. Grondstoffen die de waterschappen terugwinnen, zullen per definitie moeten worden geleverd aan de markt, omdat de waterschappen deze, anders dan energie, niet in hun eigen processen kunnen gebruiken. Het sluiten van kringlopen van schaarse grondstoffen betekent dus winning én levering. Het is maatschappelijk ook niet uit te leggen dat de waterschappen deze schaarse grondstoffen zouden moeten blijven verbranden. Grote bedragen levert die levering vooralsnog overigens niet op, de grootste winst voor de waterschappen zit vooral in minder slibproductie en dus lagere verwerkingskosten.

Dit laatste laat zien dat duurzaamheid bij de onderhavige activiteiten zeker een rol speelt, de primaire insteek is echter kostenbesparing en daarmee doelmatigheid. Als de energie- en grondstoffenproductie voor de waterschappen tot hogere kosten zou leiden, had deze hoogstwaarschijnlijk niet zo'n grote vlucht genomen.

In de tweede plaats moet worden geconstateerd dat de waterschappen zonder enig probleem dagelijks allerlei handelingen verrichten en besluiten nemen die niet in de wet zijn genoemd. Men koopt in, men verpacht grond, men sluit leningen af en doet nog veel meer, zonder dat dit expliciet in de wet wordt genoemd. Uiteraard geldt daarbij steeds dat al die activiteiten plaatsvinden in het kader van de wettelijke taakstelling - het waterschap moet in zoverre geen spoorlijn willen gaan exploiteren - , maar het ontbreken van een expliciete wettelijke bepaling vormt hiervoor geen enkel probleem. Het verrichten van deze handelingen vloeit rechtstreeks voort uit de algemene wettelijke taakopdracht. Het zou voor de wetgever ook geen doen zijn om alle mogelijke handelingen van het waterschap van tevoren van een wettelijke basis te voorzien. Dat die activiteiten ook een privaatrechtelijk karakter kunnen hebben (de levering van goederen), is daarbij onomstreden. Juist om deze reden is het waterschap een rechtspersoon, waardoor het net als Rijk, provincies en gemeenten privaatrechtelijk kan optreden.⁸⁾ Beschouwingen over de Windmill-doctrine zijn hiervoor niet nodig. Bovendien heeft die doctrine in de kern betrekking op een andere vraag, te weten of het de overheid richting een particulier bedrijf vrij staat de privaatrechtelijke weg (van het eigendom van een water) te

8) Rapport "Privaatrechtelijke taakbehartiging door decentrale overheden: Oprichten van en deelnemen in privaatrechtelijke rechtspersonen door provincies, gemeenten en waterschappen", ministerie van Justitie, Den Haag 2006. Zie hiervoor ook hoofdstuk 6 van deze handreiking.

kiezen of dat in bepaalde omstandigheden de publiekrechtelijke weg (van een heffingsstelsel) gevolgd moet worden aangezien deze het bedrijf meer rechtsbeschermingsmogelijkheden biedt.

In de derde plaats moet worden bedacht dat, zoals ook in het STOWA-rapport is aangegeven⁹⁾, de vraag wat tot het terrein van de publieke taak behoort, gebonden is aan tijd en plaats, heersende politiek, cultuur en aan bestaande belangen en behoeften. De ontwikkelingen in de techniek kunnen hier nog aan toegevoegd worden. Dit om aan te geven dat de zuiveringstaak anno 2015 heel anders wordt uitgeoefend dan in 1970, toen deze met de inwerkingtreding van de Wet verontreiniging oppervlaktewateren (Wvo) een grote vlucht nam. Voor de wetgever is het niet doenlijk zo niet onmogelijk om al deze ontwikkelingen bij te houden, nog los van de vraag of dat wenselijk zou zijn. Anno 2015 biedt de zuivering van communaal afvalwater, anders dan in 1970, realistische en financieel aantrekkelijke - en daarmee doelmatige - mogelijkheden voor de productie en levering van energie en grondstoffen. De wet hoeft dit dan niet expliciet voor te schrijven, maar dit moet worden gerekend tot de 'eigen' huishouding van het waterschap. Van het waterschap wordt immers in algemene zin verwacht dat het zijn taak tegen de laagste maatschappelijke kosten uitoefent. Verhandelingen over de 'brede kijk' die het waterschap bij zijn functioneren aan de dag mag leggen, zijn daarvoor in het geheel niet nodig.¹⁰⁾ Dat het waterschap hierbij een zekere ruimte toekomt die verder gaat dan de strikt waterstaatkundige belangen, blijkt immers reeds uit het befaamde KB uit 1956 inzake de schenking van een gebrandschilderd raam door het Hoogheemraadschap van Delfland voor de Oude Kerk te Delft ter gelegenheid van de restauratie van deze kerk.¹¹⁾ Tegenwoordig zit die ruimte in art. 56 Waterschapswet, dat bepaalt dat het waterschapsbestuur bevoegd is tot regeling en bestuur ter behartiging van de taken die het waterschap in het reglement zijn opgedragen. Het functionele karakter van het waterschap (gesloten huishouding) stelt in die zin duidelijke grenzen aan het takenpakket van het waterschap en legt deze om die reden ook expliciet wettelijk vast (de waterstaatkundige verzorging van een bepaald gebied). Bij de wijze waarop die taken worden uitgevoerd, komt het waterschap echter een autonome vrijheid toe. Het misverstand moet dus niet rijzen dat de gesloten huishouding het waterschap bij de taakuitoefening geen enkele vrijheid zou laten.

In de vierde plaats is het STOWA-rapport sterk gebaseerd op een passage uit de wetsgeschiedenis van de wijziging van de Wvo van begin 2002, waarbij de zuiveringstaak als waterschapstaak is verankerd.¹²⁾ De bewuste passage moet echter, als zoveel passages uit de wetsgeschiede-

Wet verontreiniging oppervlaktewateren

Brede kijk

9) STOWA 2012/47, p. 27.

10) Zie over deze "brede kijk" H.J.M. Havekes, "Functioneel decentraal waterbestuur: borging, bescherming en beweging. De institutionele omwenteling van het waterschap in de afgelopen vijftig jaar" (diss.), Den Haag 2009, p. 158-163.

11) KB 13 augustus 1956, WB 1956, nr. 35, p. 177 m.nt. Schilthuis. Zie voorts Havekes, t.a.p. p. 88.

12) STOWA 2012/47, p. 28-30.

nis, nadrukkelijk in de tijdgeest worden geplaatst. De passage gaat in de kern over het voorkomen van concurrentievervalsing door de overheid – dat was toen immers de tijdgeest – en niet over de wijze waarop het waterschap zijn taak moet uitvoeren. Er zijn voldoende passages in de wetsgeschiedenis te vinden, waarin benadrukt wordt dat het waterschap zijn zuiveringstaak doelmatig moet uitvoeren.

In dit kader is het zeker nuttig om ook de oorspronkelijke toelichting bij het wetsvoorstel Wet verontreiniging oppervlaktewateren uit 1964 erbij te pakken. Daaruit blijkt dat de voorgestelde regeling niet tot strekking had om voor te schrijven op welke wijze en in welke mate de waterverontreiniging moest worden bestreden, maar om de mogelijkheden tot die bestrijding te activeren en te coördineren.¹³⁾ Dat geldt ook nu nog. Afgezien van (Europese) eisen om bepaalde stoffen uit het afvalwater te verwijderen, is het waterschap in beginsel vrij het zuiveringsproces (en mutatis mutandis de watersysteemtaak) naar eigen goeddunken in te richten. Het is voor de wetgever ook niet doenlijk en verstandig om dit in detail te willen vastleggen. Anders zou telkens als zich een nieuwe techniek aandient, een wetswijziging nodig zijn.

In de vijfde en laatste plaats moet gewaakt worden voor het wettelijk vastleggen van de wijze waarop het waterschap zijn taak al dan niet zou moeten uitvoeren en van de belangen die het waterschap bij zijn opereren mag of moet behartigen. De oproep om in de wet vast te leggen dat het zuiveringsbeheer gericht moet zijn op ‘duurzaamheid’ lijkt op het eerste gezicht wellicht niet onlogisch, maar kan het waterschap afhankelijk van de exacte vormgeving in de praktijk mogelijk zelfs nog opbreken. Zo worden zeker niet alle 350 rioolwaterzuiveringsinstallaties (rwzi’s) van de waterschappen omgebouwd tot energie- of grondstoffenfabriek, maar beperkt zich dit tot enkele tientallen grote rwzi’s waar veelal centraal het slib van een aantal andere nabijgelegen rwzi’s wordt ingezameld. Voldoen de andere rwzi’s dan niet aan dit duurzaamheidsvereiste? Kunnen andere partijen het waterschap er dan toe verplichten ook die rwzi’s om te bouwen? En wat als bepaalde maatregelen weliswaar heel duurzaam, maar tegelijkertijd heel kostbaar en daarmee niet doelmatig zijn? Kan het waterschap dan verplicht worden deze maatregelen toch te treffen? Een dergelijke discussie vormt allesbehalve een wenkend perspectief. Het waterschap moet zijn handelingsvrijheid bij voorkeur behouden.

De discussie doet in zoverre denken aan het pleidooi van enkele politieke fracties tijdens de totstandkoming van de Waterschapswet om in de wet vast te leggen dat het waterschap ook de belangen van natuur en milieu dient mee te nemen. Beide desbetreffende amendementen werden door de minister ontraden en verworpen. Het afwegingskader

13) Zie aldus J.H.A. Teulings in “Bestrijding van de watervervuiling. Vijfentwintig jaar Wvo”, Ministerie van Verkeer en Waterstaat/Unie van Waterschappen, Den Haag 1995, p. 12.



dat het waterschap ten dienste staat is al ruim genoeg, zo leek hierbij de redenering van de regering.¹⁴⁾ Eerder was al door de ‘aanstichter’ van de Waterschapswet, de bekende Diepdelverscommissie, en in de regeringsnota “Naar een nieuw waterschapsbestel?” (1977)¹⁵⁾ benadrukt dat de uitoefening van de waterstaatszorg (door waterschappen) moet geschieden met afweging en behartiging van ‘alle betrokken belangen’. Dit geldt vandaag de dag nog evenzeer. Ook zonder dat de term ‘duurzaamheid’ in de Waterschapswet voorkomt, kunnen de waterschappen dit belang waar nodig meenemen. Zij doen dat ook en participeren bijvoorbeeld in het overleg met de medeoverheden over duurzaam inkopen.

Uit het voorgaande blijkt dat er goede redenen zijn om aan te nemen dat de waterschappen op dit terrein reeds over de nodige ruimte beschikken, aangezien die activiteiten onder de wettelijke taak van het waterschap vallen, ook zonder dat er sprake is van een expliciete wettelijke basis. Daarbij dient bedacht te worden dat bij deze activiteiten duurzaamheidsoverwegingen weliswaar een belangrijke rol spelen, maar dat het initiatief hiertoe in de praktijk vooral voortkomt uit doelmatigheidsoverwegingen (kostenbesparingen). Het creëren van een dergelijke wettelijke basis is niet nodig en heeft in potentie het risico dat deze zijn doel voorbijschiet. Hiermee is overigens geenszins gezegd dat het waterschap zonder enige restrictie kan doen wat het wil. Zoals hiervoor en ook in de brief van de minister aan de Tweede Kamer nadrukkelijk is aangegeven, dienen de activiteiten plaats te vinden in het kader van de uitvoering van de wettelijke taken, zoals het zuiveringsbeheer en watersysteembeheer. Waterschappen moeten dienstbaar zijn aan deze wettelijke taken. In concreto: als de alomteweenste - en in diverse akkoorden met het Rijk ook overeengekomen - energie- en grondstoffenfabrieken voorzien in een surplus aan energie en nieuw af te zetten grondstoffen, dan is het waterschap niet alleen gerechtigd deze voor eigen gebruik in te zetten, maar mag het deze zo nodig aan woonwijken, bedrijven en

14) Havekes, t.a.p. p. 160.

15) Havekes, t.a.p. p. 26-37.

andere private partijen afzetten. Uiteraard gelden daarbij, ook dit wordt in de brief van de minister onderstreept, de mededingingsrechtelijke regels. Voor wettelijke belemmeringen heeft het waterschap in dit soort situaties dus niet te vrezen.

Alhoewel in genoemde brief wordt aangekondigd dat samen met de UvW andere mogelijkheden dan het leveren van energie en grondstoffen aan derden zullen worden onderzocht, kan het geen kwaad om op deze plaats reeds enkele praktijksituaties te noemen. Daarbij staat uiteraard steeds voorop dat de activiteiten het functioneren van de betreffende waterstaatswerken niet in het gedrang mag brengen. In lijn met het voorgaande moet ook het combineren van een stuw of een gemaal met een waterkrachtcentrale, het aanbrengen van zonnecollectoren bij stuwen of andere waterstaatswerken, het benutten van warmte van het afvalwater/effluent, het plaatsen van windmolens op de eigen dijken alsmede het al dan niet samen met andere waterpartners, in het bijzonder Rijkswaterstaat, profiteren van de getijden of van de zoet- en zoutwateruitwisseling, mogelijk worden geacht zonder dat daar een expliciete wettelijke basis voor nodig is. Bij al deze voorbeelden bestaat een duidelijke relatie met de eigen taak, waaraan de activiteit 'dienstbaar' is.

Nog concreter zijn onder meer de navolgende constructies mogelijk:

- Casus I:** Een gemeente levert warmte van snoeiafvalverbranding aan het waterschap voor de exploitatie van een rwzi. De rwzi produceert biogas dat via een pijpleiding rechtstreeks wordt geleverd aan een bedrijf. Een ander deel van het biogas wordt opgewerkt tot groen gas voor mobiliteit en aan de gemeente geleverd om er vuilnisauto's op te laten rijden.
- Casus II:** Op en bij een rwzi, poldergemaal, stuw en dijk zijn windmolens en zonnepanelen geplaatst. De productie van elektriciteit geschiedt in beginsel voor eigen gebruik, door pieken in het aanbod wordt soms aan derden (het energiebedrijf) geleverd.
- Casus III:** Het waterschap zeft op een rwzi cellulose uit het afvalwater en levert dit als tussenproduct aan een bedrijf dat dit verder raffineert voor toepassing in de wegenbouw.

Overigens moet bij het plaatsen van windmolens op dijken nog benadrukt worden dat dit vanzelfsprekend alleen is toegestaan voor zover dat de stabiliteit van de dijk niet in gevaar brengt. Hiernaar zal naar verwachting nog het nodige onderzoek moeten worden verricht. Voorts is hierbij een zekere 'bovengrens' denkbaar, in die zin dat deze

activiteit is te verantwoorden voor zover het waterschap per saldo een energieverbruiker blijft. Wanneer het vermogen van de te plaatsen windmolens zo groot wordt dat het waterschap daarmee per saldo een energieleverancier wordt, past deze activiteit niet meer in het kader van de uitvoering van de wettelijke taken. Het waterschap zou zich dan kunnen beperken tot het ter beschikking stellen van de grond aan een nutsbedrijf en kunnen volstaan met een rol als facilitator. Een laatste opmerking in dit verband betreft de ‘gesloten’ heffingstelsels van de waterschappen: de watersysteemheffing en de zuiveringsheffing. Het produceren van energie op rwzi's en het terugwinnen van grondstoffen uit afvalwater vallen onder de zuiveringstaak, zodat desbetreffende investeringen en kostenbesparingen in het tarief van de zuiveringsheffing moeten zijn terug te vinden. Het produceren van energie via windmolens op dijken en het combineren van een stuw of een gemaal met een waterkrachtcentrale vallen onder de watersysteemtaak. Investeringen en kostenbesparingen op dit terrein zullen dus in het tarief van de watersysteemheffing en niet in het tarief van de zuiveringsheffing tot uitdrukking moeten komen. Omgekeerd geldt dit uiteraard ook. Energie die binnen het zuiveringsbeheer wordt opgewekt, kan in het watersysteembeheer worden ingezet. De financiële voordelen daarvan zullen echter aan het zuiveringsbeheer ten goede moeten komen. De betreffende investeringen zijn immers via de zuiveringsheffing bekostigd.

Het waterschap komt dus een ruime vrijheid toe in de wijze waarop het zijn taken uitvoert, maar deze vrijheid is niet onbegrensd. Zoals hierboven al min of meer is aangegeven, moeten waterschappen uiteraard geen energiebedrijf willen worden. Het volledig los van de eigen taken aanleggen van windmolenparken, investeren in zonnepanelen op woningen en dergelijke is dus niet mogelijk. Ook voor de vormgeving van energiefabrieken gelden zekere grenzen. Vanzelfsprekend kan daarvoor het stedelijk afvalwater van de aangesloten huishoudens en bedrijven en het bermmaaisel en rietafval dat vrijkomt bij het slootonderhoud worden ingezet. Een eventueel financieel voordeel voor het verwerken van bermmaaisel en rietafval moet daarbij aan de watersysteemheffing ten goede komen. Wanneer daarvoor tevens op grote schaal biologisch afval van andere partijen, zoals Staatsbosbeheer en bedrijven, wordt ingezet, betreden de waterschappen de markt van de afvalverwerking en zal tenminste aan de nationale eisen van de Wet markt en overheid en de Europese eisen van de interne markt moeten worden voldaan, zodat concurrentievervalsing wordt voorkomen.¹⁶⁾ Financiering van dergelijke activiteiten via de zuiveringsheffing is, mede gezien het STOWA-rapport en het rapport van RebelGroup en Allen & Overy, in dat kader een brug te ver. Het waterschap zal daarvoor dus andere middelen moeten inzetten, waarbij erop gewezen wordt dat waterschappen soms over grote, vrij besteedbare inkomsten beschikken

Gesloten heffingstelsels

Vrijheid niet onbegrensd

Vrij besteedbare inkomsten

16) Zie aldus ook STOWA 2012/47, p. 32.

uit precario en andere bronnen en dat zo nodig externe financiële middelen kunnen worden aangetrokken. Dit laatste moet ook goed voor ogen worden gehouden bij de eventuele grootschalige mestverwerking op de rwzi's van de waterschappen. Alhoewel daar een zekere relatie ligt met de eigen zuiveringstaak en mogelijk een gunstig effect voor de waterkwaliteit in het waterschapsgebied kan optreden, is strikt formeel gesproken geen sprake van de zuivering van stedelijk afvalwater. In zoverre is er geen ruimte om dergelijke activiteiten via de zuiveringsheffing te financieren. Voorts verdient het aanbeveling om contractueel te regelen dat het financieel-economisch risico bij deze specifieke activiteit niet op het waterschap, maar op de landbouwsector rust. Een wettelijke experimenteerbepaling voor grootschalige mestverwerking zou daarbij een uitkomst kunnen zijn. Samenwerking met andere partners is in beide situaties goed denkbaar. De vraag of die samenwerking publiekrechtelijk (Wgr) of privaatrechtelijk (BV/NV/stichting en dergelijke) plaatsvindt - zie hiervoor hoofdstuk 6 van deze handreiking - is als zodanig niet bepalend voor de vraag óf het waterschap kan participeren. Eerder is al aangegeven dat het waterschap ook privaatrechtelijk kan optreden. Wel zal het ook bij privaatrechtelijke samenwerkingsvormen steeds moeten gaan om activiteiten die een aantoonbare relatie met de taak van het waterschap hebben. Het waterschap kan geen aandelen kopen in een bedrijf dat snoepgoed fabriceert.

2.5 RISICOANALYSE

Anders dan de navolgende hoofdstukken leent de onderhavige beschouwing zich minder goed voor een risicoanalyse. De strekking van deze beschouwing betreft immers in hoofdzaak de juridische vraag of de waterschappen in het licht van hun wettelijke taakstelling vrij zijn om de productie en levering van energie en grondstoffen op te pakken, een vraag die in dit hoofdstuk positief beantwoord wordt.

Marktactiviteiten

Niettemin kan ook bij deze beschouwing op enkele risico's worden gewezen. Alhoewel zoals gezegd het waterschap in beginsel vrij is om de onderhavige activiteiten op te pakken, is het in het licht van het voorgaande raadzaam om goed voor ogen te houden dat wanneer daarbij 'marktactiviteiten' worden verricht de mededingingsrechtelijke regels in acht genomen moeten worden (zie hoofdstuk 5). Ook de minister heeft in haar brief hierop gewezen. Die regels maken het verrichten van die activiteiten mogelijk, maar binden die wel aan bepaalde eisen. Daarnaast moeten de waterschappen zich realiseren dat hun belastingen (de zuiveringsheffing en de watersysteemheffing) niet zijn bedoeld voor het verrichten van activiteiten die niet in het kader van hun taakuitoefening worden uitgevoerd, hetgeen impliceert dat daarvoor andere financieringsbronnen moeten worden gevonden. Dit laatste geldt temeer nu de belastingrechter de afgelopen jaren meermaals belasting-

verordeningen onverbindend heeft verklaard als via die belasting kosten worden gedekt waarvoor de betreffende belasting niet is bedoeld. Weliswaar betreft deze jurisprudentie¹⁷⁾ gemeentelijke belastingen (afvalstoffenheffing, rioolheffing en retributies), maar de uitgangspunten voor gemeentelijke bestemmingsheffingen en retributies gelden in beginsel ook voor de waterschapsbelastingen. Steeds zal een waterschap zich dus moeten afvragen of de betreffende kosten kunnen worden aangemerkt als “kosten die zijn verbonden aan de behartiging van de taak inzake het zuiveren van afvalwater” (art. 122d Waterschapswet) of als “kosten die zijn verbonden aan de zorg voor het watersysteem” (art. 117 Waterschapswet). Voorts moet bedacht worden dat beide belastingen, ook al staat dit niet expliciet in de Waterschapswet, in beginsel ten hoogste kostendekkend mogen zijn. In het voorgaande is in algemene zin geconcludeerd dat de productie en levering van energie en grondstoffen ten principale binnen de zuiverings- en de watersysteemtaak van het waterschap valt. Tegelijkertijd zijn enkele voorbeelden van situaties beschreven waarin het waterschap nadrukkelijk de markt zou betreden en externe financiering op zijn plaats is. De hiervoor bedoelde jurisprudentie bevestigt deze benadering.

Kostendekkend

2.6 CONCLUSIES

In de praktijk is voor een aantal waterschappen momenteel onduidelijk of de productie en levering van energie en grondstoffen binnen de (zuiverings)taak van het waterschap valt. Hiervoor is uiteengezet dat dit het geval is, zodat deze activiteiten geen juridische bezwaren oproepen. Aangetoond is, zoals ook in de betreffende brief van de minister van IenM aan de Tweede Kamer wordt gesteld, dat voor zover deze activiteiten plaatsvinden in het kader van de uitvoering van de wettelijke taken, zoals het zuiveringsbeheer en het watersysteembeheer, en de mededingingsrechtelijke regels worden gerespecteerd, daarvoor geen wettelijke belemmeringen bestaan. Anders dan in een eerder STOWA-rapport is bepleit, is daarvoor dus geen wetwijziging vereist. Een dergelijke wetwijziging, die eruit zou bestaan dat de waterschappen hun taken op duurzame wijze moeten uitoefenen, miskent enerzijds dat de onderhavige activiteiten mede vanuit doelmatigheidsoogpunt zijn ingegeven en bergt anderzijds het risico in zich dat deze in de praktijk zijn doel voorbij kan schieten. Voorts zijn hiervoor indachtig de brief van de minister enkele andere concrete praktijkvoorbeelden geschetst op het terrein van energieopwekking en levering die het waterschap zonder bezwaar kan oppakken. Die voorbeelden laten zien dat er voor het waterschap vanwege zijn functionele takenpakket weliswaar zekere begrenzings gelden, maar dat er binnen deze bandbreedtes veel mogelijk is.

17) Zie HR 10 april 2009, nr. 43.747, ECLI:NL:HR:2009:BC3691, HR 24 april 2009, nr. 07/12961, ECLI:NL:HR:2009:BI1943, HR 4 april 2014, nr. 12/02475, ECLI:NL:HR:2014:777Rb. Midden-Nederland 10 april 2014, nr. 13/2356, ECLI:NL:RBMNE:2014:1542, HR 18 april 2014, nr. 13/00469, ECLI:NL:HR:2014:938 en HR 23 mei 2014, nr. 13/02955, ECLI:NL:HR:2014:1192.



3. Afvalstoffenrecht

3.1 SAMENVATTING

Bij waterschappen worden in toenemende mate diverse ‘grondstoffen’ teruggewonnen en, waar mogelijk, voor diverse toepassingen geleverd aan derden. Hierbij kan gedacht worden aan:

- struviet uit zuiveringsslib voor toepassing in de landbouw
- cellulose uit zeefgoed, met als uiteindelijk doel dit te leveren voor isolatiemateriaal en toepassing in de wegebouw¹⁸⁾
- struviet uit (anders dan via de gemeentelijke riolering) bij derden ingezamelde urine (struvietreactor) voor toepassing in de landbouw
- filtraatwater als nutriëntenstroom voor afvalwaterzuiveringsinstallaties (awzi) van derden of voor toepassing in landbouw en algenfarming
- gezuiverd effluent voor toepassing in de landbouw en ter aanvulling van oppervlaktewater.

De bestaande afvalstoffen- en meststoffenregelgeving werpen juridische barrières op of lijken dit op het eerste gezicht te doen. Concreet is in de praktijk niet altijd duidelijk of, en zo ja wanneer, deze in potentie waardevolle stoffen het predicaat van afvalstof verliezen. Hierdoor ontstaat voor waterschappen onzekerheid over de vraag of zij deze stoffen al dan niet als secundaire grondstof of meststof kunnen verkopen aan derden.

Voor stedelijk afvalwater of daaruit teruggewonnen stoffen zijn geen Europese einde-afvalfase criteria vastgesteld. In dat geval mogen de lidstaten (bevoegd gezag en nationale rechter) per geval beslissen of een bepaalde afvalstof niet langer een afvalstof is. Op grond van art. 1.1, zesde lid, Wm kan de minister van IenM hiertoe besluiten wanneer een afvalstof een behandeling voor nuttige toepassing heeft ondergaan en daardoor voldoet aan specifieke, door de minister op grond van de Kaderrichtlijn afvalstoffen vastgestelde criteria (nationale einde-afvalfase criteria). Voor uit stedelijk afvalwater teruggewonnen stoffen zijn nog geen nationale einde-afvalfase criteria vastgesteld. Zo lang dit niet formeel is gebeurd, kan de minister geen besluit nemen over de einde-afvalfase van een uit stedelijk afvalwater teruggewonnen grondstof.

¹⁸⁾ Dit blijkt een technisch opwerkproces te vergen van verder fijnzeven dat op het moment van schrijven van deze handreiking nog in ontwikkeling is.

Dit betekent dat het waterschap de beoordeling of er sprake is van de einde-afvalfase per teruggewonnen stof op basis van alle concrete omstandigheden eerst zelf moet onderbouwen aan de hand van de vragenlijst uit de Handleiding “Afval of niet” van Rijkswaterstaat Leefomgeving, ministerie van IenM.¹⁹⁾

Concreet betekent dit dat de volgende vragen met ‘ja’ moeten kunnen worden beantwoord, wil een teruggewonnen stof niet langer als afvalstof worden bestempeld:

- Heeft de teruggewonnen stof een nuttige toepassing ondergaan en is deze nuttige toepassing voltooid?
- Is er sprake van een gebruikelijke toepassing voor specifieke doelen?
- Is er een markt voor het materiaal en is er vraag naar?
- Voldoet het materiaal aan de technische voorschriften voor de specifieke doelen en aan de voor producten geldende wetgeving en normen?
- Zijn ongunstige effecten van het gebruik van het materiaal op het milieu of de menselijke gezondheid bekend en worden deze bij het gebruik vermeden?

Het verdient aanbeveling dat het waterschap de uitkomst laat toetsen door de Helpdesk Afvalbeheer van Rijkswaterstaat. In geval van een positief rechtsoordeel van de Helpdesk Afvalbeheer kan het waterschap de minister van IenM, onder overlegging van het onderbouwende onderzoek inclusief advies, verzoeken een besluit te nemen op grond van art. 1.1, lid 6, Wm (besluit einde-afvalfase).

Een dergelijk besluit stelt voor het waterschap buiten iedere twijfel dat de betrokken stof zonder bijkomende vergunning-, meldings- en registratieverplichtingen op grond van de afvalstoffenwetgeving kan worden geleverd aan derden.

Wanneer de afvalstoffenregelgeving niet meer van toepassing is, kunnen, afhankelijk van aard en samenstelling van de teruggewonnen stof, bepaalde (registratie)verplichtingen uit de Europese REACH-verordening²⁰⁾ van toepassing zijn.

19) Zie p. 10 van de handleiding waar wordt gesteld dat deze handleiding niet van toepassing is wanneer in Europese of Nederlandse regelgeving voor een afvalstof specifieke criteria zijn vastgesteld op basis waarvan kan worden bepaald of het materiaal geen afvalstof meer is. Op dit moment wordt in aanvulling op de handleiding een e-tool ontwikkeld, die bevoegde gezagen en bedrijven moet helpen bij de vaststelling afval/einde-afvalfase. Inhoudelijk blijkt deze tool voor het bepalen van de einde-afvalfase grotendeels overeen te komen met de handleiding. Op het moment van schrijven van deze handreiking bevond deze tool zich in de testfase.

20) De Europese verordening betreffende de Registratie, Evaluatie en Autorisatie van Chemische stoffen ((EG) 1907/2006).

3.2 INLEIDING

De STOWA heeft in 2013 onderzoek gedaan naar de haalbaarheid van een 'Grondstoffen rwzi'.²¹⁾ Uit dit onderzoek blijkt dat, in ieder geval technisch bezien, een aantal stoffen in beginsel potentie hebben om te worden teruggewonnen uit stedelijk afvalwater.

De bestaande afvalstoffen- en mestregelgeving werpen echter juridische barrières op of lijken dit op het eerste gezicht te doen. Concreet gaat het erom dat het in de praktijk niet altijd duidelijk is of, en zo ja wanneer, deze in potentie waardevolle stoffen het predicaat van afvalstof verliezen. Hierdoor ontstaat voor waterschappen onzekerheid over de vraag of zij deze stoffen al dan niet als secundaire grondstof of meststof kunnen verkopen aan derden.

In dit hoofdstuk wordt een aantal in de praktijk gehanteerde behandelingen van afvalwaterstromen nader bezien vanuit het perspectief van de bestaande afvalstoffenwetgeving. Concreet gaat het om de terugwinning van struviet uit zuiveringsslib respectievelijk uit bij derden ingezamelde urine, cellulose uit zeefgoed, filtraatwater als nutriëntenstroom en gezuiverd effluent. Het doel is om te bepalen of en zo ja onder welke voorwaarden waterschappen de daaruit voortkomende waardevolle stoffen aan derden kunnen leveren als secundaire grondstof of meststof, of dat zij deze alsnog zullen moeten behandelen als afvalstof.

Opgemerkt wordt dat (stedelijk) afvalwater op grond van de Wet milieubeheer materieel onder het begrip afvalstoffen valt.²²⁾ Stedelijk afvalwater is dus een afvalstof. De inzameling en het transport van stedelijk afvalwater via de riolering naar een rwzi wordt weliswaar exclusief geregeld in titel 10.5 van de Wet milieubeheer, het bepalen of afvalwater na een bewerkingsproces al dan niet het karakter van afvalstof heeft verloren, moet plaatsvinden tegen de achtergrond van de definitie van het begrip afvalstoffen uit art. 1.1 Wm en de daarop gebaseerde jurisprudentie (zie paragraaf 3.3.2).

3.3 BESCHRIJVING VAN HET JURIDISCHE LANDSCHAP

3.3.1 Wet- en regelgeving

In relatie tot de terugwinning door waterschappen van grondstoffen uit zuiveringsslib zijn diverse Europese en nationale regelingen van belang. Kort samengevat bevat deze wet- en regelgeving regels voor het op een milieuverantwoorde wijze omgaan met en verwerking van afvalstoffen,

21) STOWA rapport 2013-31: Verkenning mogelijkheden 'Grondstof-rwzi'. Het gaat om algi-naat, cellulose, fosfaat en stikstof, CZV als brandstof of als bouwsteen (PHA) voor bioplastics en CO₂.

22) Zie Uylenburg, T&C Milieurecht, art. 1.1, aant. 2 en de daar genoemde parlementaire geschiedenis (Kamerstukken II 1999/2000, 26 638, nr. 7, p. 17). De wetgever heeft aangegeven dat hoewel de Europese kaderrichtlijn afvalstoffen formeel geen betrekking heeft op afvalwater, afvalwater materieel wel binnen de begripsomschrijving van afvalstoffen valt.

regels en criteria om te kunnen bepalen wanneer een stof het karakter van afvalstof heeft en wanneer het dit karakter weer verliest en regels voor het registreren en verhandelen van uit afvalstoffen teruggewonnen stoffen, waaronder meststoffen en diervoeders.

Concreet gaat het om de volgende wet- en regelgeving:

Wetgeving op Europees niveau:

- Europese kaderrichtlijn afvalstoffen (2008/98/EG) (kaderrichtlijn afvalstoffen).
- REACH-verordening (1907/2006) (REACH).
- Meststoffenverordening (2003/2003/EG).

Wetgeving op nationaal niveau:

- Hoofdstuk 10 Wet milieubeheer (Wm) en daarop gebaseerde uitvoeringsregelgeving.
- Activiteitenbesluit.
- Meststoffenwet en daarop gebaseerde uitvoeringsregelgeving.

3.3.2 Jurisprudentie

Begrip afvalstof

Het begrip afvalstoffen, zoals in navolging van de kaderrichtlijn afvalstoffen gedefinieerd is in de Wet milieubeheer (Wm; art. 1.1), geeft in de praktijk vaak onvoldoende houvast om in een concreet geval zonder meer te kunnen bepalen of een stof of product al dan niet (meer) een afvalstof is. Europese en nationale jurisprudentie hebben nadere invulling gegeven aan het afvalstoffenbegrip en ook aan de vraag wanneer een afvalstof, na het ondergaan van een (voltooide) handeling voor nuttige toepassing, de status van afvalstof verliest. De belangrijkste richtinggevende uitspraken worden hieronder kort weergegeven.

HvJEG 15 juni 2000, C-418/97 en C-419/97 (ARCO Chemie),

HvJEG 19 juni 2003, C-444/00 (Mayer Parry Recycling),

HvJEG 11 november 2004 (Niselli), nr. C457/02.

'Voltooide' nuttige toepassing

Volgens het Europees Hof moet het afvalstoffenbegrip ruim worden uitgelegd. Tegen deze achtergrond hanteerde het hof in genoemde drie arresten een zeer strenge norm voor de vraag wanneer er sprake is van een 'voltooide' nuttige toepassing en dus niet langer van een afvalstof. Het gevolg van deze jurisprudentie is dat een reststof (zoals metaalschroot) die dezelfde eigenschappen en kenmerken heeft als een primaire grondstof door de houder niet als een secundaire grondstof verkocht kan worden aan een derde, omdat de reststof pas door de verwerking in een product bij die derde (bijvoorbeeld een rol staal) het stempel van afvalstof verliest. Bij de overdracht van de houder aan een derde moet daardoor aan alle 'verzwarende' verplichtingen uit de afvalstoffenwetgeving worden voldaan.

HvJEG 7 maart 2013, nr. C-358/11

De Europese rechter geeft in dit arrest aan dat binnen de randvoorwaarden van de kaderrichtlijn afvalstoffen op nationaal niveau bepaald kan worden onder welke omstandigheden een reststof de status eindeafvalstof krijgt.

Status einde-afvalstof

ABRvS 12 juni 2002, AB 2002/246 (houtsnippers) en ABRvS 3 april 2002 (energiepellets), AB 2002, 2002/245.

In deze uitspraken heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State al een genuanceerder standpunt ingenomen ten opzichte van de Europese jurisprudentie in de zaken ARCO Chemie, Mayer Parry en Niselli. Een reststof die, eventueel na bewerking, geschikt is om direct te worden ingezet in een productieproces en gelijkwaardig is aan een primaire grondstof, is volgens de Afdeling niet langer een afvalstof. Concreet betekent dit dat de afvalstoffenwetgeving niet van toepassing is bij levering van de betrokken reststof aan derden.

ABRvS 29 augustus 2012, LJN BX5995, M en R 2012/152.

In deze uitspraak geeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, op basis van de randvoorwaarden van de kaderrichtlijn afvalstoffen, de omstandigheden aan waaronder een reststof niet langer als afvalstof bestempeld wordt. Dit is het geval wanneer na bewerking van een afvalstof een grondstof ontstaat, die op de reguliere markt wordt aangeboden en tegen een commerciële prijs wordt verkocht, en zonder nadere bewerking en zonder nadelige gevolgen voor het milieu kan worden toegepast in een productieproces.

3.4 HANDREIKING AFVALSTOFFENWETGEVING IN RELATIE TOT DE TERUGWINNING VAN GRONDSTOFFEN DOOR WATERSCHAPPEN

3.4.1 Analyse van de mogelijkheden

Bij waterschappen worden diverse ‘grondstoffen’ teruggewonnen en voor diverse toepassingen geleverd aan derden, hierbij kan gedacht worden aan:

- struviet uit zuiveringslib voor toepassing in de landbouw
- cellulose uit zeefgoed, met als uiteindelijk doel dit te kunnen leveren voor isolatiemateriaal en toepassing in de wegenbouw
- struviet uit (anders dan via de gemeentelijke riolering) bij derden ingezamelde urine (struvietreactor) voor toepassing in de landbouw

- filtraatwater als nutriëntenstroom voor afvalwaterzuiveringsinstallaties (awzi) van derden of voor toepassing in landbouw en algenfarming
- gezuiverd effluent voor toepassing in de landbouw en ter aanvulling van oppervlaktewater.

Zijn deze activiteiten binnen de inrichting van een rwzi toegestaan en zo ja, onder welke voorwaarden?

Melding en/of omgevingsvergunning

Een rwzi in beheer bij een waterschap is bestemd om stedelijk afvalwater dat op het openbaar vuilwaterriool is gebracht, te zuiveren. Afhankelijk van welke activiteiten er binnen een rwzi plaatsvinden, beschikt een bestaande rwzi over een omgevingsvergunning milieu (Wabo) en/of valt deze onder specifieke regels uit het Activiteitenbesluit.²³⁾

Meldingsplichtig

Wanneer binnen een rwzi nieuwe activiteiten worden verricht met het oog op het terugwinnen van grondstoffen uit stedelijk afvalwater of bij derden ingezamelde urine, is er sprake van het veranderen van de werking van een rwzi. Dit is in ieder geval meldingsplichtig op grond van art. 1.10 Activiteitenbesluit. Voor zover een activiteit tot terugwinning van grondstoffen binnen een rwzi niet behoort tot het normale zuiveringsproces van stedelijk afvalwater (waterlijn, slibindikking en slibontwatering), zoals bij slibvergisting het geval is, is daarvoor een omgevingsvergunning milieu vereist. Gelet op het voorgaande vallen de activiteiten gericht op het terugwinnen van struviet uit zuiverings-slib (a) en struviet uit urine (c) niet onder het reguliere zuiveringsproces. De rwzi zal voor deze activiteiten moeten beschikken over een omgevingsvergunning milieu.²⁴⁾ Voor de activiteiten onder b), d) en e) kan, aangezien deze tot het zuiveringsproces gerekend mogen worden, worden volstaan met een melding.

Omgevingsvergunning

Let wel, wanneer het waterschap niet alleen stedelijk afvalwater ontvangt via het rioolstelsel maar ook zelf van buiten de inrichting afkomstige afvalstoffen inzamelt, zoals urine, dan treedt het waterschap op als inzamelaar van afvalstoffen. Hiervoor gelden specifieke verplichtingen. Zo is een inzamelaar van afvalstoffen verplicht om zich te laten registreren op een speciale lijst, de VIHB-lijst (“Vervoerders, Inzame-

23) Voor zover een rwzi uitsluitend stedelijk afvalwater zuivert, dat via het gemeentelijk rioolstelsel wordt aangevoerd, is geen omgevingsvergunning milieu nodig. Hetzelfde geldt voor het aanvoeren per as van kleine hoeveelheden (tot 50/75 ton per dag) stedelijk afvalwater en andere natte afvalstoffen (zuiverings-slib en baggerspecie). In deze gevallen is het Activiteitenbesluit van toepassing (“Behandeling van stedelijk afvalwater”) op de hele waterlijn en een gedeelte van de sliblijn (slibindikking en mechanische slibontwatering) van het zuiveringsproces van de rwzi. Boven de aangegeven hoeveelheden wordt een rwzi aangemerkt als een IPPC-installatie op grond van categorie 5.3 van bijlage 1 van de Richtlijn industriële emissies. Een dergelijke installatie is omgevingsvergunningplichtig op grond van art. 2.1, lid 2, van het Bor.

24) Voor de terugwinning van struviet uit urine is dit echter niet nodig wanneer de hoeveelheid per as aangevoerde urine beneden de 75 ton per dag blijft en deze bestemd is voor nuttige toepassing (geen IPPC-installatie). De verandering van de werking van de rwzi (uitbreiding met struvietreactor) moet het waterschap dan alleen melden op grond van het Activiteitenbesluit. Omdat het gaat om het verwerken van afvalstoffen van buiten de inrichting, moeten bij deze melding bepaalde aanvullende gegevens worden verstrekt over de afvalstoffen. Ook moet bij de melding een beschrijving worden gevoegd van de procedures van acceptatie en controle binnen de inrichting van de rwzi van de ontvangen afvalstoffen (art. 1.16 Activiteitenbesluit).

laars, Handelaars en Bemiddelaars van afvalstoffen”-lijst), beheerd door het NIWO.²⁵⁾ Om voor registratie in aanmerking te komen, moet een inzamelaar aan bepaalde voorwaarden voldoen op het terrein van vakbekwaamheid en betrouwbaarheid.

Kwalificatie van de activiteiten a) t/m e) in afvalstoffenrechtelijke zin

De behandelingen die worden toegepast om grondstoffen terug te winnen tot de vijf hiervoor genoemde ‘grondstoffen’, vinden plaats binnen de inrichting van een rwzi en zijn gericht op het opnieuw kunnen gebruiken van economisch waardevolle stoffen uit afvalwater²⁶⁾ of andere afvalstoffen (bij derden ingezamelde urine). Deze handelingen zijn daarmee aan te merken als handelingen ter nuttige toepassing van afvalstoffen.²⁷⁾

Vervolgens is het voor een waterschap van belang om precies te weten wat het resultaat is van deze nuttige toepassingshandelingen: mag de nuttige toepassingshandeling binnen de inrichting van de rwzi als voltooid worden beschouwd en is er een grondstof ontstaan die verkocht kan worden aan derden zoals iedere andere primaire grondstof? Of is het einde-afvalstadium na de nuttige toepassingshandeling nog niet bereikt en is nog steeds sprake van een afvalstof die alleen onder het voldoen aan de vergunning-, meldings- en registratieverplichtingen van de afvalstoffenwetgeving aan derden mag worden geleverd?

Kortom, voor het waterschap is het dus cruciaal om te weten of de ‘grondstoffen’ het predicaat grondstof krijgen of nog steeds aangemerkt moeten worden als afvalstof. Dit is van belang om te weten onder welk wettelijk regime het waterschap de betrokken ‘grondstoffen’ aan derden kan leveren (productregelgeving/(registratie)verplichtingen REACH of afvalstoffenregelgeving). Hieronder wordt ingegaan op de vraag hoe een waterschap dit nader kan onderzoeken.

Predicaat grondstof

REACH

Kwalificatie van de ‘grondstoffen’ die voortkomen uit de betrokken activiteiten: afvalstof of grondstof?

Het afvalwater dat de rwzi binnenkomt via de openbare riolering of per as, wordt aangemerkt als afvalstoffen in de zin van de Wm.²⁸⁾

Wanneer een waterschap een teruggewonnen stof als grondstof wil leveren aan derden, zal deze moeten aantonen dat de betrokken behandeling voor nuttige toepassing binnen de inrichting van de rwzi ertoe leidt dat de teruggewonnen stof de einde-afvalfase heeft bereikt. Zo zal een waterschap bijvoorbeeld uit zeefgoed teruggewonnen cellulose alleen als reguliere grondstof mogen leveren aan een bedrijf dat deze

25) NIWO: Stichting Nationaal en Internationaal Wegvervoer Organisatie, Rijswijk.

26) Afvalwater valt onder het begrip ‘afvalstof’, zie T&C Milieurecht (vijfde druk), commentaar art. 1.1, onder 2, i).

27) Zie definitie art. 1.1, lid 1, Wm. Het gaat daarbij om handelingen zoals genoemd in bijlage II van de Kaderrichtlijn afvalstoffen.

28) Zie opmerking aan einde van paragraaf 3.2.

stof inzet voor de productie van isolatiemateriaal, wanneer het waterschap kan staven dat de teruggewonnen cellulose op het moment waarop deze stof de inrichting van het waterschap verlaat geen afvalstof meer is.

Hoe kan worden vastgesteld of de einde-afvalfase is bereikt?

In de kaderrichtlijn afvalstoffen is een grondslag opgenomen voor de Europese Commissie om op grond van bepaalde voorwaarden criteria op te stellen om te bepalen wanneer een specifieke afvalstof die een behandeling voor nuttige toepassing heeft ondergaan niet langer de status van een afvalstof heeft (Europese einde-afvalfase criteria).²⁹⁾

Europese einde-afvalfase criteria

De voorwaarden voor het opstellen van de criteria zijn:

- de stof of het voorwerp wordt gebruikelijk toegepast voor specifieke doelen
- er is een markt voor of vraag naar de stof of het voorwerp
- de stof of het voorwerp voldoet aan de technische voorschriften voor de specifieke doelen en aan de voor producten geldende wetgeving en normen
- het gebruik van de stof of het voorwerp heeft over het geheel genomen geen ongunstige effecten voor het milieu of de menselijke gezondheid.

Voor stedelijk afvalwater of daaruit teruggewonnen stoffen zijn geen Europese einde-afvalfase criteria vastgesteld. In dat geval mogen de lidstaten (bevoegd gezag en nationale rechter) per geval beslissen of een bepaalde afvalstof niet langer een afvalstof is. Op grond van art. 1.1, zesde lid, Wm kan de minister van IenM hiertoe besluiten wanneer een afvalstof een behandeling voor nuttige toepassing heeft ondergaan en daardoor voldoet aan specifieke, door de minister op grond van de kaderrichtlijn afvalstoffen vastgestelde criteria (nationale einde-afvalfase criteria). Voor uit stedelijk afvalwater teruggewonnen stoffen zijn nog geen nationale einde-afvalfase criteria vastgesteld. Zo lang deze niet formeel zijn vastgesteld, zal de minister geen besluit kunnen nemen over de einde-afvalfase van een uit stedelijk afvalwater teruggewonnen grondstof.

Nationale einde-afvalfase criteria

Handleiding “Afval of niet”

In het tweede Landelijk afvalbeheerplan (LAP2) wordt ingegaan op het onderscheid tussen afvalstof en niet-afvalstof. Daarnaast is er de Handleiding “Afval of niet” van Rijkswaterstaat Leefomgeving van het

²⁹⁾ Art. 6, lid 1.

ministerie van IenM.³⁰⁾ Deze handleiding is bestemd voor bedrijven om te toetsen of de afvalstoffenregelgeving al dan niet van toepassing is. Ten slotte is de jurisprudentie van belang, waarin criteria gegeven zijn voor de einde-afvalfase (zie 3.32).³¹⁾ Deze criteria uit de rechtspraak zijn verwerkt in de handleiding.

In onderdeel C van de handleiding zijn vragen opgenomen aan de hand waarvan een waterschap kan toetsen of een teruggewonnen stof het einde-afval stadium heeft bereikt. Omdat er vooralsnog geen Europese of nationale einde-afvalcriteria (vraag C1 en C2) bestaan voor de betrokken stoffen, zijn de vragen C3 tot en met C8 van belang:

- Vraag C3: Beschrijf het proces waar het materiaal als afvalstof vrijkomt en de bewerkingen die op het materiaal zijn of zullen worden toegepast tot het materiaal weer opnieuw is ingezet voor het beoogde specifieke doel?
- Vraag C4: Heeft het materiaal een nuttige toepassing ondergaan en is deze nuttige toepassing voltooid?
- Vraag C5: Is er sprake van een gebruikelijke toepassing voor specifieke doelen?
- Vraag C6: Is er een markt voor het materiaal en is er vraag naar?
- Vraag C7: Voldoet het materiaal aan de technische voorschriften voor de specifieke doelen en aan de voor producten geldende wetgeving en normen?
- Vraag C8: Zijn ongunstige effecten van het gebruik van het materiaal op het milieu of de menselijke gezondheid bekend en worden deze bij het gebruik vermeden?

Per vraag is aangegeven welke informatie voor beantwoording in ieder geval nodig is, met een nadere toelichting daarop.

Het waterschap zal de beoordeling of sprake is van de einde-afvalfase per teruggewonnen stof op basis van alle concrete omstandigheden eerst zelf moeten onderbouwen aan de hand van de vragenlijst uit de handleiding. Vervolgens verdient het aanbeveling dat het waterschap zijn conclusie laat toetsen bij de Helpdesk Afvalbeheer van Rijkswaterstaat. De helpdesk zet het verzoek uit bij het Kennisplatform Afval. In dit platform toetsen experts van de provincies, ILT, Rijks-

Helpdesk Afvalbeheer

30) "Handleiding voor bedrijven om te toetsen of de afvalregelgeving (Hoofdstuk 10 van de Wm) op een stof, preparaat of voorwerp van toepassing is". Te verkrijgen via www.rwsleefomgeving.nl. Een e-tool is op dit moment in de testfase.

31) Zie uitgebreid: A. van Rossum, 'Einde-afvalfase, (te) strenge criteria voor secundaire grondstoffen?', MenR 2013/86.

Rechtsoordeel

waterstaat en het ministerie van IenM of de beoordeling van de status van het materiaal correct is. De toetsing en de uitkomst daarvan wordt aan alle betrokken overheden bekendgemaakt.³²⁾ Desgevraagd heeft de helpdesk aangegeven dat de uitkomst van de toetsing een ‘rechtsoordeel’ is en geen besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht. Het is een visie van Rijkswaterstaat en het Kennisnetwerk Afval/geen afval hoe een case bekeken moet worden binnen de wettelijke kaders en jurisprudentie.

Besluit einde-afvalfase

In geval van een positief advies van de Helpdesk Afvalbeheer kan het waterschap de minister van IenM, onder overlegging van het onderbouwende onderzoek inclusief advies, verzoeken een besluit te nemen op grond van art. 1.1, lid 6, Wm (besluit einde-afvalfase). Een dergelijk besluit stelt voor het waterschap buiten iedere twijfel dat de betrokken stof zonder bijkomende vergunning-, meldings- en registratieverplichtingen op grond van de afvalstoffenwetgeving kan worden geleverd aan derden.

Wanneer de afvalstoffenregelgeving niet meer van toepassing is, kunnen, afhankelijk van aard en samenstelling van de teruggewonnen stof, bepaalde (registratie)verplichtingen uit de Europese REACH-verordening van toepassing zijn.³³⁾ REACH geldt voor elk bedrijf dat in de Europese Unie chemische stoffen, preparaten en/of voorwerpen met chemische stoffen produceert, importeert, distribueert of gebruikt. Deze verordening, die niet van toepassing is op afvalstoffen, is in beginsel wel van toepassing op grondstoffen/producten die uit een afvalstroom zijn geproduceerd. Een waterschap dat een stof terugwint en op de markt brengt, wordt in het kader van REACH beschouwd als producent. Of, en zo ja aan welke (registratie)verplichtingen een waterschap op grond van deze verordening moet voldoen in een concreet geval, vergt nader onderzoek.³⁴⁾

3.4.2 Schematische weergave

In onderstaand schema is aangegeven welke afval(water)stromen de inrichting van de rwzi binnenkomen en in welke hoeveelheden. Vervolgens is voor enkele grondstoffen aangegeven welke ‘grondstof’ uit de behandeling voor nuttige toepassing binnen de inrichting in het kader van het zuiveringsproces kunnen worden teruggewonnen. De kleuren van de pijl geven aan of voor de betreffende behandeling voor nuttige toepassing een omgevingsvergunning nodig is of met een melding kan

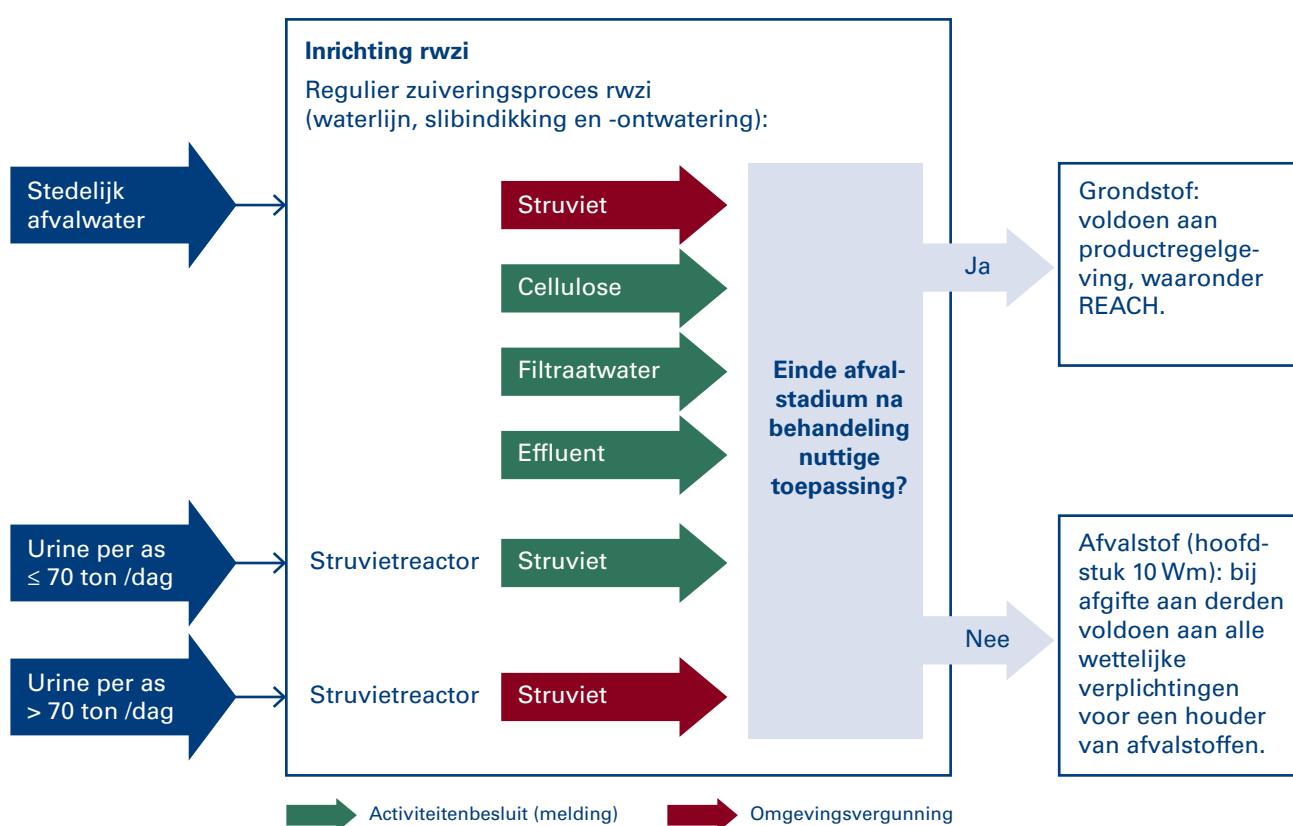
32) In de handleiding (onder 4. Q & A's) wordt aangegeven dat wanneer een bedrijf voornemens is om binnen Nederland een materiaal na het voltooiën van een nuttige toepassing als einde-afvalstof op de markt te brengen, deze het verzoek om een rechtsoordeel ook zou kunnen indienen bij de provincie, RUD of Omgevingsdienst waar het bedrijf is gevestigd. De toetsing vindt dan echter alleen plaats door deze provincie, RUD of Omgevingsdienst en is in de regel ook niet bij andere overheden bekend.

33) De Europese verordening betreffende de Registratie, Evaluatie en Autorisatie van Chemische stoffen ((EG) 1907/2006). Met de invoering van REACH moeten ondernemingen op basis van informatie over eigenschappen, gebruik en blootstelling, de risico's van chemische stoffen in kaart brengen en zo nodig zelf veiligheidsmaatregelen nemen en aan hun afnemers aanbevelen.

34) Nader onderzoek naar de toepasselijkheid van REACH gaat het bestek van de opdracht voor deze handreiking te buiten.

worden volstaan. Vervolgens moet het waterschap per teruggewonnen stof beoordelen of het einde-afvalfase is bereikt of niet. Hier moeten alle omstandigheden van het concrete geval bij worden betrokken. De Handleiding “Afval of niet” biedt hiervoor het beoordelingskader. De uitkomst kan desgewenst getoetst worden door de Helpdesk Afvalbeheer van Rijkswaterstaat. Afhankelijk van de uitkomst van de einde-afvalfase beoordeling kan de betrokken stof zonder bijkomende vergunning-, meldings- en registratieverplichtingen op grond van de afvalstoffenwetgeving worden geleverd aan derden.

Schema afvalstoffenwetgeving



3.5 UITDAGINGEN EN MOGELIJKE OPLOSSINGEN

- Struviet³⁵⁾ dat door waterschappen gewonnen wordt uit stedelijk afvalwater, wordt op grond van de Nederlandse en Europese meststoffenwetgeving nog niet aangemerkt als een verhandelbare meststof.³⁶⁾ Hierdoor worden waterschappen belemmerd in de afzet van struviet. Voor de verhandeling en toepassing als meststof moet struviet uit (zuiveringsslib van) stedelijk afvalwater voldoen aan

35) Magnesiumammoniumfosfaat.

36) De kansen op een Europese einde-afvalfase voor meststoffen die zijn teruggewonnen uit stedelijk zuiveringsslib, blijken inmiddels nihil te zijn, zie STOWA-rapport: Perspectieven en knelpunten van zuiveringsslib voor bodemkundig gebruik (nog niet gepubliceerd, teksten zijn gebaseerd op een conceptrapport).

de EG-verordening 2003/2003 Meststoffen of aan de Nederlandse Meststoffenwet. Zo lang struviet uit stedelijk afvalwater niet erkend is als EG-meststof, moet deze voor verhandeling in Nederland voldoen aan de Nederlandse Meststoffenwet en door de minister van EZ als verhandelbare meststof zijn aangewezen. Tot op heden heeft deze aanwijzing nog niet plaatsgevonden. Struviet uit stedelijk afvalwater is daardoor naar herkomst nog steeds een afvalstof. De Meststoffenwet verbiedt het verhandelen van afvalstoffen als meststof, voor zover deze niet expliciet zijn aangewezen in bijlage Aa bij de Uitvoeringsregeling Meststoffenwet.³⁷⁾ Het ministerie EZ heeft in 2011 toegezegd om de haalbaarheid van een aparte, generieke categorie voor struviet in het Uitvoeringsbesluit Meststoffenwet te onderzoeken, als alternatief voor de bijlage Aa-route, waarbij individuele struvietstromen steeds individueel aangevraagd en beoordeeld zouden moeten worden. Opname van een aparte categorie voor struviet, al dan niet onder voorwaarden, maakt vrije verhandeling als fosfaatmeststof (en bron voor stikstof en/of kalium en magnesium) mogelijk.³⁸⁾ Deze aanwijzing van struviet als meststof is in voorbereiding. De Commissie Deskundigen Meststoffenwet heeft aan de minister van EZ een positief advies afgegeven. Het advies is om een categorie voor struviet op te nemen onder de voorwaarde dat deze een sanitatiestap heeft ondergaan om mogelijk aanwezige pathogenen en microverontreinigingen te verwijderen.³⁹⁾ De daadwerkelijke aanwijzing wordt op 1 januari 2015 verwacht.⁴⁰⁾ Dit vormt vooralsnog een belemmering voor het verhandelen van struviet door de waterschappen.

- Cellulose gewonnen uit stedelijk afvalwater wordt op dit moment niet afgenomen door de papierindustrie vanwege de herkomst en het bijbehorende imago van deze stof. Niettemin blijkt het voor de papierindustrie gunstig te zijn als cellulose uit stedelijk afvalwater wordt ingezet voor toepassingen buiten de papierindustrie. Hierdoor komt er meer oud papier beschikbaar voor de papierindustrie. Daar waar een waterschap op grond van de handleiding kan aantonen dat de teruggewonnen cellulose vanuit het oogpunt van de menselijke gezondheid veilig is en ook overigens aan de andere criteria voor einde-afvalfase voldoet, zou dit door middel van een verzoek aan de minister om een besluit einde-afvalfase te nemen op grond van art. 1.1, lid 6 Wm (of een vergelijkbaar verzoek aan het bevoegd gezag voor de rwzi) moeten worden geformaliseerd.

37) Aanwijzing op grond van art. 5, lid 2, Uitvoeringsbesluit Meststoffenwet jo. art. 4 Uitvoeringsregeling Meststoffenwet.

38) Commissie van Deskundigen Meststoffenwet, Opname van struviet als categorie in het Uitvoeringsbesluit Meststoffenwet, WOt-werkdocument 332, 2013, p. 15.

39) Commissie van Deskundigen Meststoffenwet, Opname van struviet als categorie in het Uitvoeringsbesluit Meststoffenwet, WOt-werkdocument 332, 2013 pp. 52 - 54.

40) Wel voor struviet uit aardappelproceswater, zie bijlage Aa, onderdeel I, onder 16.

- Ook voor de overige teruggewonnen stoffen zal het waterschap aan de hand van de vragenlijst uit de handleiding allereerst zelf moeten beoordelen of voor een specifieke teruggewonnen stof sprake is van einde-afvalfase. Met name de onderbouwing dat sprake is van een reguliere markt (vraag), een prijs en het ontbreken van duidelijke criteria waaraan de teruggewonnen grondstoffen moeten voldoen, maakt dit vooralsnog lastig.⁴¹⁾ Het opstellen van duidelijke productcriteria door de waterschappen, in samenwerking met het ministerie van IenM, bevoegd gezag voor de rwzi en bestaande en toekomstige afnemers, en een duidelijke marketingstrategie zouden hier uitkomst moeten bieden.⁴²⁾

3.6 RISICOANALYSE

- Een verkeerde inschatting van de vraag of een teruggewonnen ‘grondstof’ geen afvalstof meer is, kan tot gevolg hebben dat het waterschap bepaalde verplichtingen op grond van hoofdstuk 10 Wm (afvalstoffen) onbedoeld niet nakomt. Dit brengt het risico van handhavingsacties met zich mee, met imagoschade voor het waterschap tot gevolg.
- Vaststelling aan de hand van de Nederlandse criteria (bestuursorganen en rechter) dat een bepaalde stof niet langer een afvalstof is, bergt bij verhandeling aan het buitenland het risico in zich dat er daar anders geoordeeld wordt (wel afvalstof). Dit kan tot gevolg hebben dat de betrokken grondstof daar niet verhandeld mag worden of slechts onder een strenger regime voor afvalstoffen.
- Bij een slechte onderbouwing van de einde-afvalfase van een ‘grondstof’ bestaat het risico op imagoschade voor het waterschap, omdat derden kunnen beweren dat het waterschap wettelijke verplichtingen op het gebied van afvalstoffen niet nakomt.

Verhandeling aan het buitenland

3.7 CHECKLIST

Aan de hand van de Handleiding “Afval of niet” moeten de volgende vragen met ‘ja’ worden beantwoord, wil een door een waterschap teruggewonnen stof niet langer als afvalstof worden bestempeld:

- Heeft de teruggewonnen stof een nuttige toepassing ondergaan en is deze nuttige toepassing voltooid?

41) De concrete markt voor uit stedelijk afvalwater teruggewonnen stoffen blijkt in veel gevallen nog gevonden te moeten worden, evenals duidelijke productcriteria. Zie RIVM, “Einde-afval bij afvalwater en bouwstoffen, Mogelijkheden om hergebruik te stimuleren binnen de circulaire economie”, Briefrapport 607710004/2014, p. 44 en 45.

42) Vgl. voornoemd RIVM-rapport, p. 51.

- Is er sprake van een gebruikelijke toepassing voor specifieke doelen?
- Is er een markt voor het materiaal en is er vraag naar?
- Voldoet het materiaal aan de technische voorschriften voor de specifieke doelen en aan de voor producten geldende wetgeving en normen?
- Zijn ongunstige effecten van het gebruik van het materiaal op het milieu of de menselijke gezondheid bekend en worden deze bij het gebruik vermeden?



4. Aanbestedingswet- en regelgeving

4.1 SAMENVATTING

Aanbestedingswet- en regelgeving is van toepassing op alle uitbestedingen van het waterschap. Het maakt daarbij niet uit of een opdracht wordt uitbesteed aan een private onderneming, een overheidsbedrijf of een andere overheid, zoals een ander waterschap of een gemeente. Indien aanbestedingswet- en regelgeving niet (op de juiste manier) wordt toegepast, biedt deze wetgeving aanbieders op de markt relatief eenvoudige ingangen om hierover juridische procedures te starten jegens het waterschap.

Om zo veel mogelijk te voorkomen dat een waterschap in juridische procedures terechtkomt, is in dit hoofdstuk opgenomen waarmee rekening moet worden gehouden bij het uitbesteden van opdrachten. Voorts hoeft het aanbestedingsrecht niet altijd een belemmering op te leveren voor samenwerking. Een aantal uitzonderingen maakt het mogelijk om een samenwerkingspartner te kiezen, zonder voorafgaande (Europese) aanbestedingsprocedure. Het is wel belangrijk rekening te houden met de criteria die bij iedere situatie weer opnieuw getoetst moeten worden.

4.2 BESCHRIJVING VAN HET JURIDISCHE LANDSCHAP

Het juridische landschap met betrekking tot aanbestedingen wordt beheerst door het Europese recht, waarvan de nationale wet- en regelgeving is afgeleid. De aanbestedingsregelgeving is op Europees niveau georganiseerd om zo alle ondernemingen in de Europese Unie de mogelijkheid te geven in te schrijven op overheidsopdrachten van aanbestedende diensten, zoals waterschappen.

In principe geldt de Europese regelgeving slechts voor overheidsopdrachten met een grensoverschrijdend belang: wanneer een opdracht belangrijk/groot genoeg is om aantrekkelijk te zijn voor buitenlandse ondernemingen. In de richtlijnen worden echter financiële drempels neergelegd, waarboven ervan wordt uitgegaan dat er een grensoverschrijdend belang bestaat en een overheidsopdracht door middel van een Europese aanbestedingsprocedure in de markt moet worden gezet.

Grensoverschrijdend belang

Voor diensten en leveringen van de waterschappen van meer dan € 207.000 gelden de procedures in de Europese richtlijnen. Opdrachten voor werken moeten Europees worden aanbesteed vanaf € 5.186.000.⁴³⁾

4.2.1 Wet- en regelgeving

Europese wetgeving

Europese wet- en regelgeving

De nationale wet- en regelgeving met betrekking tot het aanbestedingsrecht is afgeleid van de Europese wet- en regelgeving. Voornamelijk gaat het dan om de volgende documenten:

- Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.⁴⁴⁾
- Richtlijn 2004/17/EG houdende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren wateren, energievoorziening, vervoer en postdiensten.⁴⁵⁾
- Richtlijn 2004/18/EG betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (aanbestedingsrichtlijn).⁴⁶⁾

Op basis van het verdrag en de richtlijnen is veel jurisprudentie ontwikkeld door het Hof van Justitie van de Europese Unie. Deze jurisprudentie heeft het rechtsgebied van het aanbesteden aardig aangevuld. Het is dus van belang ook de jurisprudentie te betrekken bij afwegingen in het aanbestedingsrecht.

Begin 2014 heeft Europa nieuwe richtlijnen vastgesteld, die bovengenoemde richtlijnen zullen vervangen.⁴⁷⁾ De belangrijkste jurisprudentie van de afgelopen jaren is ook in deze nieuwe richtlijnen meegenomen. Uiterlijk op 18 april 2016 moeten EU-lidstaten aan de bepalingen in de nieuwe richtlijnen voldoen. De uitgangspunten zoals beschreven in dit hoofdstuk blijven ook gelden onder de nieuwe richtlijnen, tenzij anders aangegeven.

Op welke entiteiten is de aanbestedingswet- en regelgeving van toepassing?

Aanbestedende dienst

Een waterschap is een aanbestedende dienst en dient zich zodoende te houden aan de aanbestedingswet- en regelgeving.

Naast de 'gewone' overheidsinstanties, zoals het Rijk, de waterschappen, provincies en gemeenten, worden ook zogenaamde publiekrecht-

43) Deze drempelbedragen worden iedere twee jaar aangepast. De genoemde bedragen zijn vastgesteld voor de periode van 1 januari 2014 tot 1 januari 2016.

44) PB C 326 26/10/2012, p. 47.

45) PB L 134 30/04/2004, p. 1.

46) PB L 134 30/04/2004, p. 114.

47) Zie de richtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU, alle gepubliceerd in PB L 94 van 28/3/2014.

telijk instellingen aangemerkt als aanbestedende dienst. Een entiteit wordt betiteld als publiekrechtelijke instelling, indien:

1. de entiteit rechtspersoonlijkheid heeft
2. de entiteit is opgericht om te voorzien in behoeften van algemeen belang
3. hetgeen waarin de entiteit voorziet van niet-commerciële of industriële aard is
4. de entiteit onder overheidsinvloed staat (financieel, juridisch of feitelijk).⁴⁸⁾

De term publiekrechtelijke instelling is van belang, omdat het regelmatig voorkomt dat een waterschap een privaatrechtelijke ‘dochter’ opricht of een samenwerkingsvorm aangaat met andere (publiek of privaatrechtelijke) entiteiten. Een voor waterschappen belangrijk voorbeeld is een gemeenschappelijke regeling (GR). Deze heeft rechtspersoonlijkheid, is vaak opgericht om te voorzien in behoeften van algemeen belang en staat altijd onder overheidsinvloed. Kortom: een GR is meestal een publiekrechtelijke instelling en daarmee een aanbestedende dienst. Op dezelfde manier moeten de criteria op nieuwe rechtspersonen worden toegepast. Zijn deze nieuwe rechtspersonen publiekrechtelijke instellingen, dan is ook op deze rechtspersoon de aanbestedingswet- en regelgeving van toepassing.

In welke gevallen is de aanbestedingswet- en regelgeving van toepassing?

De nationale aanbestedingswet- en regelgeving is van toepassing op alle situaties waar goederen, diensten, bouwwerkzaamheden of andere op geld waardeerbare zaken worden ingekocht. De aanbestedingswet- en regelgeving is ook van toepassing tussen twee overheidsinstanties die van elkaar inkopen. Denk hierbij aan het waterschap dat een samenwerking aangaat met een gemeente en daarbij van de gemeente bepaalde dienstverlening afneemt. Ook op deze relatie is de aanbestedingswet- en regelgeving van toepassing, waardoor het waterschap de dienstverlening niet kan afnemen zonder voorafgaande Europese aanbestedingsprocedure.

Overigens is de Europese aanbestedingswet- en regelgeving uiteraard pas van toepassing wanneer de drempelbedragen worden overschreden.⁴⁹⁾

Nationale wetgeving

De Europese wetgeving is in Nederland vertaald in de Aanbestedingswet 2012. Hierin is al voor een groot deel rekening gehouden met de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen. De te verwachten wijzigingen in deze wet naar aanleiding van de nieuwe Europese wetgeving zijn daarom minimaal.

Publiekrechtelijke instelling

Drempelbedragen

Aanbestedingswet 2012

48) Zie artikel 1.1 van de Aanbestedingswet 2012.

49) Zie paragraaf 4.2.

Gids Proportionaliteit De Aanbestedingswet verklaart de *Gids Proportionaliteit* van toepassing op alle aanbestedingen (onder en boven de Europese drempel). In deze gids zijn voorschriften ontwikkeld, waarvan alleen gemotiveerd van afgeweken mag worden. Het gaat bijvoorbeeld om proportionaliteit in het clusteren van opdrachten, het verdelen van opdrachten in percelen, de keuze van de aanbestedingsprocedure, uitsluitingsgronden, etc.

4.3 HANDREIKING AANBESTEDINGSRECHT IN RELATIE TOT ENERGIE EN GRONDSTOFFEN

4.3.1 Analyse van mogelijkheden

Afwijken van de Gids Proportionaliteit

Zoals in de vorige paragraaf besproken, eist de Aanbestedingswet voor het sluiten van alle overeenkomsten dat aan bepaalde beginselen wordt voldaan. Zo dient een waterschap bij aanbestedingen altijd transparant te handelen en ondernemers altijd gelijk en op een niet-discriminerende wijze te behandelen. Daarnaast moeten de eisen, voorwaarden en criteria die aan de inschrijvers en inschrijvingen worden gesteld proportioneel zijn.

Met betrekking tot deze proportionaliteit is bij wet de Gids Proportionaliteit van toepassing verklaard. De voorschriften in deze gids moeten dan ook worden gevolgd. De Aanbestedingswet bepaalt echter ook dat gemotiveerd mag worden afgeweken van deze voorschriften.

Verlicht regime voor B-diensten

Bijlage II-B In bijlage II-B van de aanbestedingsrichtlijn⁵⁰⁾ wordt een lijst met diensten opgesomd, waarvoor niet een volledige aanbestedingsprocedure maar een verkorte procedure mag worden gevolgd. Het gaat dan bijvoorbeeld om inhuur van personeel. Bij dit soort diensten wordt ervan uitgegaan dat zij geen grensoverschrijdende werking hebben en daarom niet met een Europese procedure hoeven te worden ingekocht. In de Aanbestedingswet wordt de vereenvoudigde procedure beschreven die in dit geval gevolgd mag worden. De aanbestedende dienst:

- toetst of de inschrijvingen voldoen aan de door de aanbestedende dienst gestelde technische specificaties, eisen en normen
- maakt een proces-verbaal van de opdrachtverlening
- deelt de resultaten van de gunning mee aan de Europese Commissie
- kan een aankondiging van de gegunde opdracht bekendmaken.

Heeft een opdracht die wordt gekwalificeerd als een 'B-dienst' een duidelijk grensoverschrijdend belang, dan moet het voornemen tot het plaatsen van deze opdracht ook publiekelijk (Europees) worden

⁵⁰⁾ 2004/18/EG.

aangekondigd. Let op: met inwerkingtreding van de nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijnen komt het verschil tussen A- en B- diensten te vervallen.

Quasi-inbesteden

Zoals eerder vermeld is de aanbestedingswet- en regelgeving ook van toepassing op relaties tussen overheden. Overheden kunnen dus niet zonder meer samenwerkingsafspraken maken indien daar opdracht-overeenkomsten aan zijn verbonden.

Samenwerking tussen aanbestedende diensten wordt door middel van het quasi-inbesteden makkelijker gemaakt wanneer deze aanbestedende diensten samenwerken in een andere rechtspersoon die door deze aanbestedende diensten wordt aangestuurd. De aanbestedende diensten kunnen zonder aanbestedingsprocedure opdrachten verstrekken aan deze andere rechtspersoon. Hiervoor moet de 'opdrachtnemende' nieuwe rechtspersoon in ieder geval voldoen aan twee voorwaarden:

1. De overheidsinstellingen oefenen toezicht op de opdrachtnemer uit als op de eigen diensten.
2. De opdrachtnemer verricht het merendeel van zijn werkzaamheden ten behoeve van de toezichthoudende aanbestedende diensten.

De eerste voorwaarde betekent dat de deelnemers in de nieuwe entiteit gezamenlijk doorslaggevende invloed moeten uitoefenen op de nieuwe entiteit en sluit uit dat op investering een beroep kan worden gedaan als een private partij deelneemt in de andere entiteit (ook wanneer sprake is van een minderheidsdeelneming van de private partij).

Voor de toets of er sprake is van toezicht als op eigen diensten moet rekening worden gehouden met alle relevante wet- en regelgeving en omstandigheden. De aanbestedende dienst moet doorslaggevende invloed hebben op zowel de strategische doelstellingen als de belangrijkste beslissingen van de opdrachtnemer. De tweede voorwaarde is bedoeld om te voorkomen dat de andere entiteit zou kunnen concurreren met de markt en daarmee de mededinging zou vervalsen. Daarom mogen de werkzaamheden voor derden die door de nieuwe entiteit worden verricht slechts marginaal zijn; uit de jurisprudentie blijkt dat de grens van toelaatbare werkzaamheden voor derden op circa 10% van de totale omzet ligt. In de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen⁵¹⁾ wordt uitgegaan van 20%. Deze uitzondering betekent veel voor waterschappen. Zij maken immers vaak gebruik van rechtspersonen buiten de eigen organisatie om bepaalde doelen te verwezenlijken. Denk daarbij aan een gemeenschappelijke regeling ten behoeve van een belastingsamenwerking of een gezamenlijke besloten vennootschap waarin de zuivering wordt geregeld (zie ook hoofdstuk 6 over samenwerkingsvormen). In een dergelijke samen-

Zonder aanbestedingsprocedure

Toezicht als op eigen diensten

51) Zie paragraaf 4.2.1.

werking hoeft het aanbestedingsrecht dus geen belemmering te vormen, mits aan de bovengenoemde criteria wordt voldaan.

De constructie van het quasi-inbesteden komt uit de jurisprudentie. De nieuwe aanbestedingsrichtlijnen hebben deze uitzondering echter ook opgenomen.

Samenwerking tussen aanbestedende diensten

Publiek-publieke samenwerking

In de Europese rechtspraak is een mogelijkheid gecreëerd voor samenwerking tussen aanbestedende diensten in het kader van uitvoering van een publieke taak zonder voorafgaande aanbestedingsprocedure. Er wordt bij deze samenwerking geen rechtsvorm voorgeschreven, zodat samenwerking ook louter contractueel vorm kan krijgen. Een (contractuele) publiek-publieke samenwerking die van de onderlinge aanbestedingsplicht is uitgezonderd, moet aan de volgende cumulatieve eisen voldoen:

1. De samenwerking strekt tot uitvoering van een gezamenlijke taak van algemeen belang.
2. Alleen openbare lichamen zijn partij bij de samenwerkingsovereenkomst.
3. De financiële vergoedingen over en weer tussen de samenwerkende openbare lichamen hebben enkel betrekking op de gemaakte kosten en niet op winst.
4. Geen enkele private marktpartij wordt bevoordeeld door de samenwerking.
5. De samenwerking wordt uitsluitend beheerst door overwegingen en eisen die verband houden met het nastreven van doelstellingen van algemeen belang.

Deze constructie zou bijvoorbeeld van toepassing kunnen zijn op het gezamenlijk uitvoeren van de waterzuivering door twee of meer waterschappen. Dit is een taak van algemeen belang, alle waterschappen hebben deze taak. De overeenkomst dient dan alleen tussen waterschappen te worden gesloten en financiële vergoedingen mogen alleen kostendekkend zijn. Er mogen geen private partijen worden bevoordeeld door de samenwerking en alleen doelstellingen van algemeen belang mogen de drijfveer zijn voor deze samenwerking, zoals het efficiënter uitvoeren van de zuivering.

Uitsluitend recht

Een uitsluitend recht is gedefinieerd in de Aanbestedingswet. Het is een recht dat bij wettelijk voorschrift of bij besluit van een waterschap aan

een onderneming wordt verleend. Aan die onderneming wordt dan het recht voorbehouden om binnen een bepaald geografisch gebied een dienst te verrichten of een activiteit uit te oefenen. Bij het verlenen van een uitsluitend recht moet aan de volgende criteria worden voldaan:

Uitsluitend recht

1. De opdracht heeft betrekking op dienstverlening (deze uitzondering geldt dus niet voor leveringen of werken).
2. De opdracht is verleend door een aanbestedende dienst (het waterschap) aan een andere aanbestedende dienst.
3. De aanbestedende dienst (het waterschap) heeft een uitsluitend recht op de onderneming gevestigd.
4. De bepalingen waarbij het uitsluitend recht is verleend, zijn verenigbaar met het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

Een voorbeeld hiervan is een uitsluitend recht dat aan een gemeenschappelijke regeling wordt verleend, bijvoorbeeld een vuilophaaldienst.

Publiek-private samenwerking (PPS)

Een waterschap kan samenwerken met een marktpartij die financiële middelen en kennis kan inbrengen in de gezamenlijk op te richten onderneming. Bij het aantrekken van een marktpartij die deelneemt in die onderneming, is het aanbestedingsrecht van toepassing. Gaat deze nieuwe onderneming activiteiten verrichten die aanbesteed hadden moeten worden, dan moet de marktpartij - die gaat deelnemen in die onderneming - worden geselecteerd door middel van een aanbestedingsprocedure. Een waterschap kan dus niet een marktpartij kiezen voor participatie aan een gezamenlijke onderneming omdat (behoudens de in dit hoofdstuk genoemde uitzonderingen) een Europese aanbestedingsprocedure hieraan moet vooraf gaan.

Participatie marktpartij

Build Operate Transfer-methodiek (BOT) (ook wel: DBFMO-contracten)⁵²⁾

Twee aanbestedende diensten zijn ook jegens elkaar aanbestedingsplichtig. Wanneer bijvoorbeeld twee waterschappen (of een waterschap en een gemeente) onderling diensten willen verlenen of zaken aan elkaar willen leveren, kan dat niet zonder rekening te houden met de aanbestedingswet- en regelgeving.

Twee waterschappen mogen ook gezamenlijk een aanbestedingsprocedure starten voor bijvoorbeeld de opwekking van energie en teruglevering van gas aan de gemeente. Door toepassing van de BOT-methodiek wordt een marktpartij aangetrokken door middel van een Europese

BOT-methodiek

⁵²⁾ Een geïntegreerd contract waarin de onderwerpen *Design Build Finance Maintenance Operate* zijn opgenomen.

aanbestedingsprocedure door de beide waterschappen, waarbij de marktpartij verplicht wordt om bijvoorbeeld:

1. een installatie te ontwikkelen
2. die installatie winstgevend te exploiteren
3. energie (restwarmte) van de gemeente af te nemen
4. zorg te dragen voor de levering van gas aan de gemeente.

Bij de DBFMO-methode is na afloop van de exploitatietermijn de marktpartij verplicht het eigendom van de installatie en de opgedane kennis aan de waterschappen over te dragen; bij de BOT-methode is de marktpartij als opdrachtnemer tijdens de contractperiode eigenaar van de installatie en draagt hij de daaraan verbonden risico's.

Speciale-sectorbedrijf

Levering van energie of brandstof voor energieopwekking

Opdrachten voor de levering van energie of brandstof voor energieopwekking door een speciale-sectorbedrijf dat zich bezighoudt met het exploiteren van en het leveren aan vaste gas-, warmte- en elektriciteitsnetten, zijn op grond van artikel 3.30 van de Aanbestedingswet uitgezonderd van de aanbestedingsplicht. Er hoeft in dit geval dus niet te worden aanbesteed. Een speciale-sectorbedrijf is een bedrijf dat bepaalde activiteiten uitoefent, waaronder het exploiteren van en het leveren aan vaste gas-, warmte- en elektriciteitsnetten. Dit kan dus ook een waterschap zijn. Hetzelfde geldt overigens voor levering van drinkwater op het net, op grond van artikel 3.29 van de Aanbestedingswet.

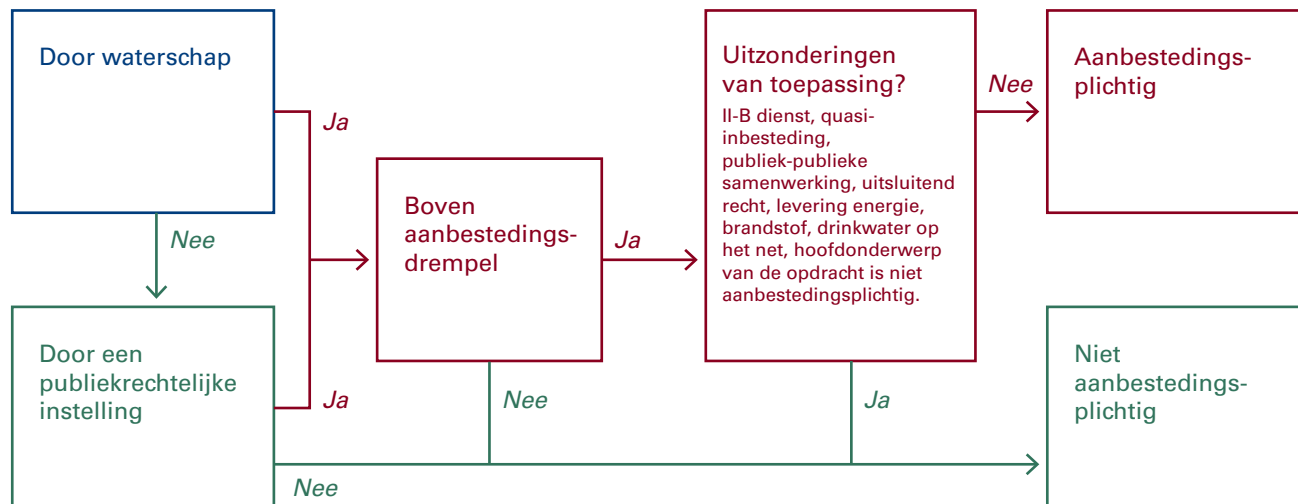
Hoofdvoorwerp

Gemengde opdracht waarbij het hoofdonderwerp niet aanbestedingsplichtig is

Wanneer een project zowel aanbestedingsplichtige als niet-aanbestedingsplichtige elementen kent, dan moet aan de hand van het hoofdvoorwerp van dat project worden onderzocht of een aanbestedingsplicht geldt. Het hoofdvoorwerp wordt bepaald op basis van de kenmerkende essentiële verplichtingen en niet op basis van de verplichtingen die slechts bijkomstig of aanvullend zijn. De financiële waarde van de verschillende betrokken prestaties is slechts één van de criteria die voor deze vaststelling in aanmerking worden genomen bij het bepalen van het hoofdvoorwerp. Er moet volgens het Hof van Justitie van de Europese Unie een objectief onderzoek plaatsvinden van de gehele opdracht.

4.3.2 Schematische weergave

Het onderstaande schema geeft weer wanneer een opdracht moet worden aanbesteed volgens de Europese aanbestedingsprocedures.



4.4 UITDAGINGEN EN MOGELIJKE OPLOSSINGEN

Complexe aanbestedingsregelgeving

De procedures van openbaar aanbesteden zijn complex en vereisen specialistische juridische kennis. Door het toepassen van bovengenoemde schema's en de checklist in dit hoofdstuk kan worden bepaald of de aanbestedingswet- en regelgeving van toepassing is.

Is de aanbestedingswet- en regelgeving van toepassing, dan is dit in principe geen belemmering om zaken uit te voeren, indien de juiste procedures worden toegepast. Het verdient aanbeveling zich als waterschap hierin te laten adviseren door een deskundige op aanbestedingsgebied.⁵³⁾

4.5 RISICOANALYSE

De aanbestedingswet- en regelgeving maakt het mogelijk voor marktpartijen om juridische procedures te starten tegen het waterschap indien niet de juiste aanbestedingsbeginselen of procedures zijn gehanteerd. Wanneer een dergelijke procedure door een marktpartij wordt gewonnen, kan het in het slechtste geval voorkomen dat het contract tussen het waterschap en de leverancier moet worden opgezegd en alsnog moet worden gegund aan de klagende partij, met schadevergoedin-

⁵³⁾ Europa Decentraal heeft bijvoorbeeld veel kennis in huis op het gebied van aanbesteden, zie www.europadecentraal.nl.

Schadevergoeding

gen aan de contractpartij tot gevolg. Een andere mogelijkheid is dat aan de klagende partij een schadevergoeding betaald moet worden, soms ter hoogte van het niet gewonnen contract.

Wanneer de aanbestedingsprocedures nauwkeurig worden gevolgd, is het risico van dit soort schadevergoedingen erg klein. Het risico van klagende partijen kan echter nooit uitgesloten worden.

4.6 CHECKLIST*Is de Aanbestedingswet van toepassing?*

De Aanbestedingswet is van toepassing indien goederen, diensten of werken worden ingekocht door het waterschap. Of als goederen, diensten of werken worden ingekocht door een entiteit die:

- rechtspersoonlijkheid heeft
- is opgericht om te voorzien in behoeften van algemeen belang
- voorziet in zaken van niet-commerciële aard
- onder overheidsinvloed staat (financieel, juridisch of feitelijk)?⁵⁴⁾

De Europese aanbestedingsprocedures moeten gehanteerd worden bij een aanbesteding, indien:

- de aankoop van goederen of diensten een waarde van meer dan € 207.000 heeft
- de aankoop van werken een waarde van meer dan € 5.186.000 heeft.

Is een PPS-constructie mogelijk?

Een PPS-constructie is mogelijk indien:

- de samenwerking activiteiten gaat verrichten die normaal zouden moeten worden aanbesteed door middel van een Europese aanbestedingsprocedure
- de partij gekozen is door middel van een aanbestedingsprocedure, waarin de opdracht en doelen van de samenwerking zo concreet mogelijk zijn beschreven.

Wanneer hoeft de Europese aanbestedingsprocedure niet gehanteerd te worden?

Er bestaan uitzonderingen waarbij er geen Europese aanbestedingsprocedure hoeft te worden doorlopen:

- Als het gaat om een dienst die staat vermeld in bijlage II-B van de aanbestedingsrichtlijn.

Doorloop dan de in de Aanbestedingswet beschreven vereenvoudigde procedure.

⁵⁴⁾ Zie artikel 1.1 van de Aanbestedingswet 2012.

- Als u een opdracht wilt gunnen aan een 'overheidsbedrijf'. Oefent u toezicht op de opdrachtnemer als op de eigen diensten en verricht de opdrachtnemer het merendeel van zijn werkzaamheden ten behoeve van de toezichthoudende aanbestedende diensten (uw organisatie en eventuele andere toezichthoudende organisaties).
Mogelijk is er dan geen sprake van de aanbestedingsplicht en kunt u de opdracht rechtstreeks gunnen.
- Als u wilt samenwerken met een andere overheidsorganisatie. Strekt de samenwerking tot uitvoering van een gezamenlijke taak van algemeen belang? Zijn alleen openbare lichamen partij bij de samenwerkingsovereenkomst? Hebben de financiële vergoedingen over en weer tussen de samenwerkende openbare lichamen enkel betrekking op de gemaakte kosten en niet op winst? Wordt geen enkele private marktpartij bevoordeeld door de samenwerking? Wordt de samenwerking uitsluitend beheerst door overwegingen en eisen die verband houden met het nastreven van doelstellingen van algemeen belang?
Mogelijk is er geen sprake van de aanbestedingsplicht en kunt u de opdracht rechtstreeks gunnen.
- Als de opdracht levering van energie of brandstof voor energieopwekking betreft.
Dan hoeft geen Europese aanbestedingsprocedure gevolgd te worden.



5. Staatssteun, mededinging, markt en overheid

5.1 SAMENVATTING

Staatssteun wordt vaak gekenmerkt door financiële hulp van de overheid voor een onderneming. Indien een waterschap besluit om een bepaald bedrijf te helpen, om welke reden dan ook, en andere bedrijven niet, kan er sprake zijn van ongeoorloofde steun omdat er oneerlijke concurrentie ontstaat. Lidstaten van de Europese Unie moeten hun steunmaatregelen vooraf melden bij de Europese Commissie en de commissie beoordeelt uiteindelijk of de steun is toegestaan. Niet alle steun vanuit een waterschap is per definitie ongeoorloofd, want er zijn diverse vrijstellingen mogelijk. Wordt bepaalde steun gekenmerkt als ongeoorloofde staatssteun, dan is het waterschap verplicht het gehele steunbedrag terug te vorderen. Dit kan voor de steunontvanger grote gevolgen hebben.

Indien een waterschap economische activiteiten gaat verrichten kan het voor het mededingingsrecht beschouwd worden als onderneming. Wanneer een waterschap zich begeeft op de markt, bijvoorbeeld door het leveren van grondstoffen aan derden, heeft het zich te houden aan het mededingingsrecht. Ondernemingen mogen op grond van het mededingingsrecht onderling ook geen afspraken maken die de concurrentie op de markt belemmeren. Schending van het mededingingsrecht kan boetes opleveren voor het waterschap. Het mededingingsrecht kent ook een aantal uitzonderingsbepalingen waarop een beroep kan worden gedaan.

Sinds 2012 is de Wet markt en overheid van kracht, waarmee extra gedragsregels zijn opgenomen in de Mededingingswet met betrekking tot het gedrag van overheden, wanneer deze zich op de markt begeven. De gedachte achter deze wetgeving is dat de overheid de mededinging niet mag verstoren wanneer zij marktactiviteiten uitvoert.

5.2 BESCHRIJVING VAN HET JURIDISCHE LANDSCHAP

Ondernemingen mogen op grond van het mededingingsrecht onderling geen afspraken maken die de concurrentie op de markt belemmeren. Indien een waterschap economische activiteiten gaat verrichten, kan

het voor het mededingingsrecht ook beschouwd worden als onderneming. De wet- en regelgeving op het gebied van mededinging is voornamelijk Europese regelgeving, die door de Nederlandse wetgever is vertaald in de Mededingingswet. Voor alle overheden, dus ook de waterschappen, die economische activiteiten ondernemen die vergelijkbaar zijn met die van private ondernemingen, gelden de regels van de in de Mededingingswet opgenomen gedragsregels ('Wet markt en overheid').

Vooraf melden

Staatssteun wordt vaak gekenmerkt door financiële hulp van de overheid voor een onderneming. Indien een waterschap besluit om een bepaalde onderneming te helpen en andere bedrijven niet, kan er sprake zijn van ongeoorloofde steun omdat er oneerlijke concurrentie ontstaat. Lidstaten van de Europese Unie moeten hun steunmaatregelen in beginsel vooraf melden bij de Europese Commissie en de commissie beoordeelt uiteindelijk of de steun is toegestaan. Niet alle steun vanuit de overheid is per definitie ongeoorloofd en dus verboden, diverse soorten steun worden vrijgesteld van de aanmeldingsplicht, omdat zij worden geacht de interne markt niet te verstoren. Daarnaast biedt ook het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie enkele uitzonderingen.

5.2.1 Wet- en regelgeving⁵⁵⁾

Wetgeving op Europees niveau

Het mededingingsrecht dat in Nederland van toepassing is heeft zijn oorsprong in het Europese recht. De volgende documenten zijn hierbij het meest van belang:

- Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU).⁵⁶⁾
- Verordening (EG) 1/2003 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het verdrag.
- Verordening (EU) 651/2014 waarbij bepaalde categorieën steun op grond van de artikelen 107 en 108 van het verdrag met de interne markt verenigbaar worden verklaard (de algemene groepsvrijstellingsverordening).
- Verordening (EU) 1407/2013 betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun (vanaf 1 januari 2014).

55) In het rapport Innovatie en duurzaamheid: valorisatie van afvalwater (STOWA 2012-47) wordt een uitgebreide omschrijving gegeven van de wetgeving rondom mededinging en staatssteun.

56) Artikelen 101 t/m 106 behandelen het mededingingsrecht; artikelen 107 t/m 109 behandelen staatssteun.

Daarnaast heeft de Europese Commissie enkele richtsnoeren opgesteld waarin wordt voorgesteld hoe onderdelen van de bovenstaande regelgeving volgens de commissie geïnterpreteerd moeten worden.

Wetgeving op nationaal niveau

De Europese wet- en regelgeving met betrekking tot mededinging is in Nederland vertaald in verschillende wetten, waarvan de Mededingingswet het belangrijkste is. Het onderwerp staatssteun is nauwelijks in nationale wetgeving geregeld. De Europese wet- en regelgeving moet hier dus worden toegepast.

Mededingingsrecht

Artikel 101 VWEU luidt:

1. Onverenigbaar met de interne markt en verboden zijn alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de interne markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst en met name die welke bestaan in:
 - a. het rechtstreeks of zijdelings bepalen van de aan- of verkoopprijzen of van andere contractuele voorwaarden;
 - b. het beperken of controleren van de productie, de afzet, de technische ontwikkeling of de investeringen;
 - c. het verdelen van de markten of van de voorzieningsbronnen;
 - d. het ten opzichte van handelspartners toepassen van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmee nadeel berokkenend bij de mededinging;
 - e. het afhankelijk stellen van het sluiten van overeenkomsten van de aanvaarding door de handelspartners van bijkomende prestaties welke naar hun aard of volgens het handelsgebruik geen verband houden met het onderwerp van deze overeenkomsten.
2. De krachtens dit artikel verboden overeenkomsten of besluiten zijn van rechtswege nietig.
3. De bepalingen van lid 1 van dit artikel kunnen echter buiten toepassing worden verklaard
 - voor elke overeenkomst of groep van overeenkomsten tussen ondernemingen,

- voor elk besluit of groep van besluiten van ondernemersverenigingen, en
- voor elke onderling afgestemde feitelijke gedraging of groep van gedragingen die bijdragen tot verbetering van de productie of van de verdeling der producten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang, mits een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt, en zonder nochtans aan de betrokken ondernemingen
 - a. beperkingen op te leggen welke voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn,
 - b. de mogelijkheid te geven, voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen.

Onderneming

Het wordt ondernemingen dus in beginsel verboden bepaalde afspraken te maken die de mededinging kunnen verstoren. Ook waterschappen kunnen worden aangemerkt als onderneming (zie paragraaf 5.5.2 met betrekking tot jurisprudentie). Het kartelverbod dat in het eerste lid wordt neergelegd, kent ook uitzonderingen. Deze staan in lid 3 en worden nader uitgewerkt in richtsnoeren van de Europese Commissie.⁵⁷⁾

Soevereiniteit van de staat

Taken die voortkomen uit de aard van de soevereiniteit van de staat, worden niet gezien als activiteiten van een onderneming. Het zuiveren van afvalwater en waterkeringszorg kan bijvoorbeeld worden gezien als een dergelijke taak, waarop het mededingingsrecht dus niet van toepassing is. Zo zijn er meer activiteiten van de waterschappen die niet worden gezien als ondernemingsactiviteiten en daardoor buiten het mededingingsrecht vallen. De productie en levering van grondstoffen of energie moeten daarentegen wel worden gezien als ondernemingsactiviteit⁵⁸⁾, maar bijvoorbeeld niet in het geval van energielevering door een waterschap aan een ander openbaar lichaam, indien die energie vervolgens niet wordt ingezet voor een economische activiteit. Ook wordt de energieproductie voor eigen gebruik niet aangemerkt als ondernemersactiviteit.

Economische activiteit

Concluderend: wanneer waterschappen producten en diensten op de markt aanbieden, oefenen zij een economische activiteit uit en worden zij voor die activiteit wel gezien als een onderneming in de zin van het mededingingsrecht.

Markt & overheid

Sinds 2012 is de Wet markt en overheid van kracht, waarmee extra regels zijn opgenomen in de Mededingingswet met betrekking tot het gedrag van overheden, wanneer zij zich op de markt begeven. De

57) Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, PB. EU 2011, C 11/1.

58) Dit blijkt uit de jurisprudentie. Overigens wordt het begrip 'onderneming' per rechtsgebied anders gedefinieerd. Zo volgt uit het belastingrecht een andere definitie dan uit het mededingingsrecht. Wanneer onder het belastingrecht een activiteit als ondernemingsactiviteit wordt gezien, hoeft dat onder het mededingingsrecht niet zo te zijn, en vice versa. Voor beide moet dus apart getoetst worden of een activiteit onder de desbetreffende wetgeving valt.

gedachte achter deze wetgeving is dat de overheid de mededinging niet mag verstoren wanneer zij marktactiviteiten uitvoert. Op hoofdlijnen legt de Mededingingswet vier gedragsregels op aan overheden, waaronder uiteraard waterschappen:

Vier gedragsregels

1. Overheden moeten in ieder geval alle integrale kosten van een economische activiteit doorberekenen in de verkoopprijs.
2. Overheden mogen hun eigen overheidsbedrijven niet bevoordelen boven concurrerende bedrijven.
3. Overheden mogen gegevens waar ze over beschikken niet hergebruiken voor andere activiteiten, behalve als andere organisaties ook over die gegevens kunnen beschikken.
4. Wanneer een overheid bij bepaalde economische activiteiten een bestuurlijke rol vervult en de activiteiten ook zelf uitvoert, mogen niet dezelfde personen betrokken zijn bij zowel de bestuurlijke als de uitvoerende activiteiten.⁵⁹⁾

Het Staatssteunrecht

De regels rondom staatssteun komen voort uit de wet- en regelgeving van de EU. Artikel 107 VWEU stelt een aantal criteria. Wanneer aan alle onderstaande criteria wordt voldaan betreft het staatssteun die *onverenigbaar* is met de interne markt en dus in beginsel verboden staatssteun:

Onverenigbare staatssteun

1. De steun wordt door de staat of met staatsmiddelen bekostigd.
2. De steun betreft een bepaalde onderneming (of producties).
3. De steun begunstigt deze onderneming.
4. De steun vervalst de mededinging of dreigt deze te vervalsen.
5. De steun zorgt voor een ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer tussen lidstaten.

Met het woord 'staat' worden overigens alle overheidsinstanties bedoeld, zoals, maar niet uitsluitend, het Rijk, de provincies, waterschappen en gemeenten.

Het maakt voor deze criteria niet uit in welke vorm de steun wordt gegeven: of deze wordt verkregen in de vorm van een subsidie, in de vorm van een lagere prijs (wanneer de onderneming iets van de overheid koopt), of juist een hogere prijs (wanneer de onderneming iets aan de overheid verkoopt). Het gaat erom dat een onderneming wordt begunstigd ten laste van de staat.

⁵⁹⁾ Zie <http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/mededinging/markt> (d.d. 22-08-2014).

Het waterschap kan steunverlener zijn. Bijvoorbeeld door subsidies te verstrekken aan een bepaalde onderneming of door energie te leveren aan een nabijgelegen onderneming onder de reguliere marktprijs. Daarnaast kan het waterschap ook steunontvanger zijn. De staatssteunregels zijn echter alleen van toepassing als dit steun betreft voor ‘economische activiteiten’, wanneer het waterschap voor deze activiteiten wordt gezien als onderneming (zie paragraaf 5.2.2 over jurisprudentie).

5.2.2 Jurisprudentie

Onderneming

Onderneming

Zoals uit het eerste lid van artikel 101 blijkt, is het mededingingsrecht van toepassing op ondernemingen. En ook in artikel 107 is het begrip onderneming van belang. Dit betekent echter niet dat deze regels niet op overheden - zoals waterschappen - van toepassing kunnen zijn. Uit het arrest Höfner⁶⁰⁾ blijkt namelijk dat onder onderneming wordt verstaan: “elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd”. Onder economische activiteit wordt in ieder geval verstaan het op de markt aanbieden van goederen of diensten⁶¹⁾, “die althans in beginsel door een particuliere onderneming zouden kunnen worden uitgeoefend met het oog op het maken van winst”⁶²⁾.

Een waterschap kan voor bepaalde activiteiten dus worden aangemerkt als onderneming in de zin van het mededingingsrecht. In dat geval en *alleen* voor de ‘economische activiteiten’ dient het waterschap zich aan de mededingingsregels te houden.

5.3 HANDREIKING STAATSSTEUN, MEDEDINGING, MARKT EN OVERHEID IN RELATIE TOT ENERGIE EN GRONDSTOFFEN

5.3.1 Analyse van mogelijkheden: wanneer is het kartelverbod niet van toepassing?

Indien een waterschap wil weten of de mededingingsregels met een bepaalde activiteit worden geschonden, zal het zich het volgende moeten afvragen:

1. Biedt het waterschap met deze activiteit goederen of diensten aan op de markt?
2. Zou deze activiteit ook kunnen worden uitgeoefend door een private partij (met een redelijke winst)?
3. Maakt het waterschap afspraken met betrekking tot deze activiteit die de mededinging kunnen verstoren?

60) Zaak C-41/90 *Höfner*, 23 april 1991.

61) Zie o.a. zaak C-475/99 *Ambulanz Glöckner*.

62) Zie conclusie AG Jacobs in zaak C-67/96 *Albany*.

Worden deze vragen instemmend beantwoord, dan is er een risico dat het waterschap in strijd handelt met het kartelverbod. In dat geval is mogelijk één van de uitzonderingen van toepassing. Deze uitzonderingen worden hieronder besproken. Uitzonderingen zijn echter nooit van toepassing op de zogenaamde 'hardcore' verboden, zoals prijsafspraken, het elkaar opleggen van quota of het verdelen van de markt.

Kartelverbod

De minimis bij kartelafspraken

Niet alle afspraken tussen ondernemingen zullen de mededinging beïnvloeden. In een bekendmaking van de Europese Commissie, benoemt de commissie enkele drempels voor de afspraken tussen ondernemingen. Wanneer de ondernemingen niet over die drempels heen komen, gaat de commissie ervan uit dat de mededinging door de afspraken niet zal worden beïnvloed. Wanneer a) het marktaandeel van de ondernemingen gezamenlijk niet meer dan 10% uitmaakt van de markt waar de afspraken over gaan (indien het gaat om afspraken tussen (mogelijke) concurrenten); of wanneer het marktaandeel van de ondernemingen gezamenlijk niet meer dan 15% uitmaakt van de markt waar de afspraken over gaan (indien het gaat om afspraken tussen niet-(mogelijke) concurrenten).

Waterschappen zullen bijvoorbeeld nooit meer dan 10% marktaandeel in de levering van energie hebben, zelfs als ze allemaal zouden samenwerken. Artikel 101 VWEU is dus aangaande de levering van energie niet op een samenwerking van waterschappen van toepassing, zolang het niet om 'hardcore' verboden gaat. Het kan wel weer van toepassing zijn wanneer een waterschap zou samenwerken met de grote energieleveranciers, waardoor het gezamenlijke marktaandeel wel boven de 10% uit komt.

Groepsvrijstellingen bij kartelafspraken

Het uitgangspunt is dat kartelafspraken te allen tijde verboden zijn. Voor een aantal verboden afspraken heeft de Europese Commissie gesteld dat deze de mededinging niet vervalsen, omdat de onderneming of groep van ondernemingen slechts een beperkte marktmacht heeft. Voor waterschappen is waarschijnlijk het meest van belang dat voor *onderzoek en ontwikkelingsovereenkomsten* een specifieke groepsvrijstelling is opgesteld en dit soort overeenkomsten - onder voorwaarden - buiten het kartelverbod vallen.⁶³⁾ Verder is er een groepsvrijstelling met betrekking tot *overeenkomsten inzake technologieoverdracht*.⁶⁴⁾ Ook *overeenkomsten tussen niet-concurrenten (verticale overeenkomsten)* worden van het kartelverbod uitgezonderd.⁶⁵⁾ Daarnaast bestaat een aantal groepsvrijstellingen voor sectoren (landbouw, verzekeraars, postbedrijven, professionele dienstverlening, transport en telecom-

Beperkte marktmacht

63) Zie Commissieverordening 1217/2010 van 14 december 2010.

64) Zie Commissieverordening 316/2014 van 21 maart 2014.

65) Zie Commissieverordening 330/2010 van 20 april 2010.

municatie). In al deze groepsvrijstellingen zijn drempels opgenomen. Indien deze drempels worden overschreden, is het kartelverbod alsnog van toepassing.

Artikel 101, derde lid

Een andere uitzondering die van belang kan zijn voor de waterschappen staat in het derde lid van artikel 101 VWEU. Dit stelt het kartelverbod buiten toepassing voor overeenkomsten die *bijdragen tot verbetering van de productie of van de verdeling der producten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang*. Hierbij moet uiteraard wel aan de voorwaarden worden voldaan die in het derde lid worden genoemd. Deze voorwaarden zijn verder uitgewerkt in een bekendmaking van de Europese Commissie.⁶⁶⁾

Artikel 106

Een andere uitzondering is neergelegd in artikel 106 VWEU en is van toepassing op ondernemingen die door een waterschap zijn aangewezen/belast met het uitvoeren van een *dienst van algemeen economisch belang* (DAEB). Een dergelijke dienst van algemeen en economisch belang is niet altijd rendabel uit te voeren voor de aangewezen onderneming en met een beroep op deze uitzondering mag een waterschap bepaalde extra kosten compenseren die de onderneming hiervoor moet maken. Op de DAEB-uitzondering kan een waterschap zich beroepen indien onder andere aan de volgende voorwaarden wordt voldaan:

Een dienst van algemeen economisch belang (DAEB)

- Het gaat om taken die door de overheid zijn opgelegd.
- Het gaat om een dienst van algemeen economisch belang.
- Er wordt voldaan aan het proportionaliteitsvereiste.

5.3.2 Analyse van mogelijkheden: wanneer is staatssteun geoorloofd?

De-minimis staatssteun

Steun aan één onderneming (door alle overheidsinstellingen samen) die geen grotere omvang heeft dan € 200.000 in drie jaar, wordt niet geacht het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig te beïnvloeden en is daarom geen ongeoorloofde staatssteun. Dit is bepaald in de de-minimis verordening. In deze verordening worden overigens wel nadere voorwaarden gesteld.

De-minimis verordening

Geen staatssteun bij participatie door waterschappen in entiteiten

Indien sprake is van een marktconforme aandelenparticipatie of financiering door waterschappen, is in beginsel geen sprake van staatssteun, omdat de onderneming geen voordeel ontvangt wat zonder het waterschap niet was ontvangen. De participatie van het waterschap moet hiervoor worden vergeleken met die van een particuliere investeerder

⁶⁶⁾ Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het verdrag, PB. 2004 C101, p. 97.

in hetzelfde geval. Dit wordt het ‘market economy investor principle’ genoemd. De entiteit, waarin het waterschap participeert, of de andere aandeelhouders, hebben dan geen voordeel dat ze niet hadden gehad als het waterschap niet had geparticipeerd. Een aandelenparticipatie is bijvoorbeeld niet marktconform als het waterschap met een te laag rendement op het geïnvesteerde vermogen genoeg neemt of als de overheid afziet van een winstuitkering.

Market economy investor principle

Geoorloofde staatssteun

Niet alle staatssteun is verboden, omdat een waterschap zich soms kan beroepen op een uitzondering, die geregeld wordt in het derde lid van artikel 107 VWEU, en nader wordt uitgewerkt in de eerder genoemde richtsnoeren. Een belangrijk document is de Algemene Groepsvrijstellingsverordening (AGVV) waarin artikel 107, derde lid, nader wordt uitgewerkt en een aantal steunmaatregelen worden vrijgesteld van de aanmeldingsplicht bij de Europese Commissie, indien de steun voldoet aan de in de AGVV gestelde voorwaarden.⁶⁷⁾ Voor het waterschap kan bijvoorbeeld van belang zijn dat *steun ten behoeve van milieubescherming* is uitgezonderd, net als *steun voor onderzoek, ontwikkeling en innovatie*. Er wordt voor meer categorieën een uitzondering gemaakt, maar deze zijn in mindere mate van toepassing op de waterschappen.

Algemene Groepsvrijstellingsverordening

De Europese Commissie bepaalt niet op voorhand of de steun inderdaad op grond van de AGVV geoorloofd is, omdat deze steun niet hoeft worden aangemeld. Het is dus aan de partijen zelf om te bepalen of het hier gaat om één van de uitzonderingen van artikel 107, derde lid, VWEU. Dit is een risico, omdat wel achteraf bepaald kan worden dat de steun niet aan de voorwaarden van de AGVV voldoet.

Diensten van algemeen economisch belang

In de rechtspraak is de dienst van algemeen economisch belang (DAEB) ontwikkeld. Op basis hiervan heeft de Europese Commissie een pakket van vier documenten ontwikkeld, om de regels rondom een DAEB te verhelderen.⁶⁸⁾

In het kort moet compensatie voor een DAEB voldoen aan de volgende criteria:

DAEB criteria

1. De begunstigde onderneming is daadwerkelijk met de uitvoering van openbare dienstverplichting belast, deze verplichtingen zijn duidelijk omschreven.

67) Commissieverordening 651/2014 van 17 juni 2014.

68) Mededeling van de commissie betreffende de toepassing van de staatssteunregels van de Europese Unie op voor het verrichten van diensten van algemeen economisch belang verleende compensatie, PB. 2012 C 8/4; Besluit van de commissie betreffende de toepassing van artikel 106, lid 2, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst, verleend aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen, PB. 2012 L 7/3; Mededeling van de commissie betreffende de EU-kaderregeling inzake staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst, PB. 2012 C 8/15; Verordening van de commissie betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun, verleend aan diensten van algemeen economisch belang verrichtende ondernemingen.

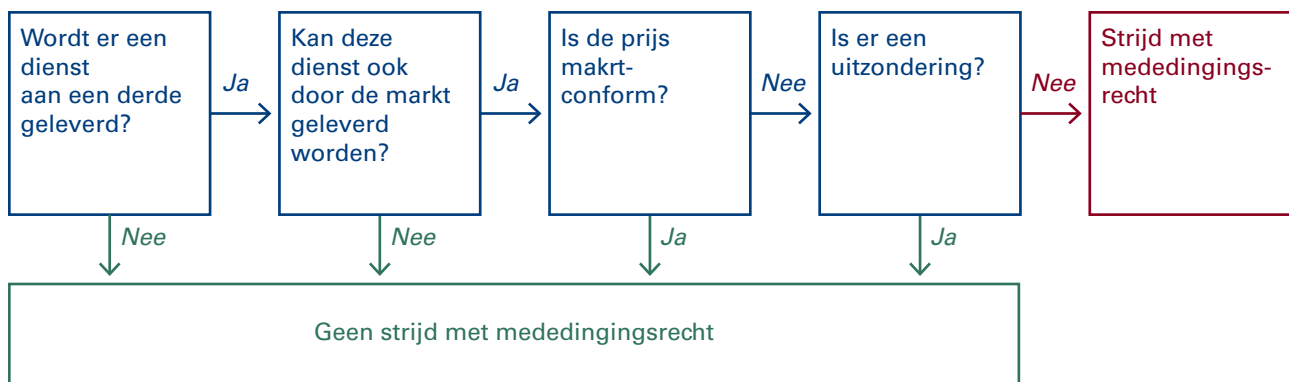
2. Parameters op basis waarvan de compensatie wordt berekend, zijn vooraf, op objectieve en transparante wijze vastgesteld.
3. De compensatie is niet hoger dan nodig om de kosten van de uitvoering van openbare dienstverplichtingen geheel of gedeeltelijk te dekken, rekening houdende met opbrengsten en een redelijke winst.
4. Wanneer de onderneming niet wordt geselecteerd door middel van een openbare aanbestedingsprocedure, wordt de compensatie vastgesteld op basis van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming die afdoende met de nodige middelen is uitgerust, zou hebben gemaakt.

Voldoet de compensatie aan de bovenstaande criteria, dan is het geen steun in de zin van artikel 107 VWEU.

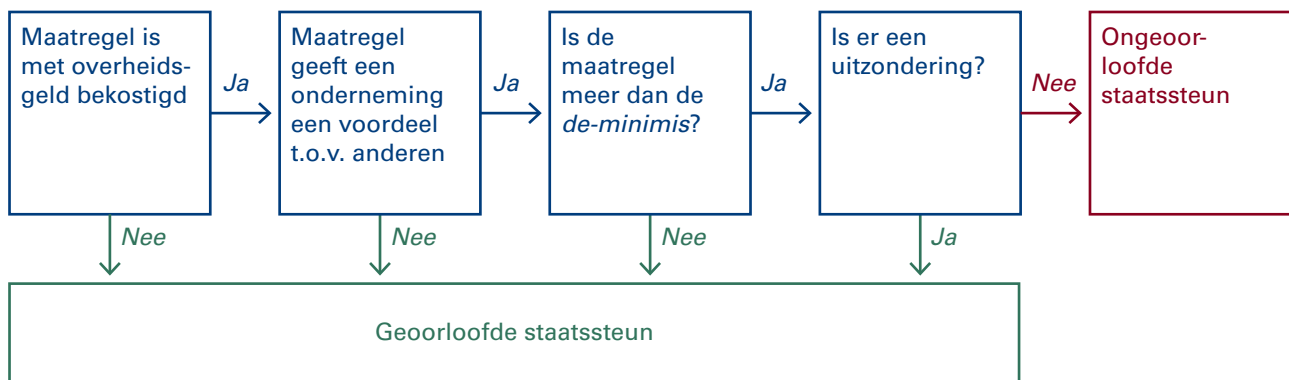
5.3.3 Schematische weergave

Schematisch kan het bovenstaande als volgt worden weergegeven:

Mededingingsrecht:



Staatssteunrecht:



5.4 UITDAGINGEN EN MOGELIJKE OPLOSSINGEN

De Europese Commissie neemt in het algemeen snel aan dat er sprake is van ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer tussen de lidstaten en ook dat mededinging wordt of dreigt te worden vervalst en er dus sprake is van verboden staatssteun. Waterschappen kunnen verboden staatssteun voorkomen door bijvoorbeeld marktconform te handelen.

Wanneer sprake is van staatssteun en noch aan voorwaarden in de AGV, noch aan die in de *de-minimis* verordening wordt voldaan, dient de steun door de overheidsinstantie ter goedkeuring aangemeld te worden bij de Europese Commissie. Een waterschap mag de steun niet verstrekken voordat de commissie de steun met het VWEU verenigbaar heeft verklaard en haar goedkeuring heeft verleend.

5.5 RISICOANALYSE

Indien staatssteun wordt gemeld en de Europese Commissie gaat akkoord met de steun, dan bestaat geen risico. Wanneer de steun echter niet wordt gemeld (omdat men denkt te voldoen aan de voorwaarden in de AGVV of om een andere reden) en er toch sprake is van 'verboden' staatssteun, dan is het mogelijk dat het gehele bedrag van de ontvanger teruggevorderd moet worden. Dit is uiteraard een groot risico, aangezien het om omvangrijke bedragen kan gaan.

5.6 CHECKLIST

Met betrekking tot het mededingingsrecht:

- Biedt het waterschap goederen of diensten aan?
- Worden deze goederen of diensten afgenomen door een onderneming?
- Zouden deze goederen of diensten in beginsel door een particuliere onderneming kunnen worden aangeboden, met het oog op het maken van winst?

Mogelijk is het mededingingsrecht van toepassing.

- Zijn afspraken verboden onder het mededingingsrecht?
- Verstoren de afspraken de mededinging?

Mogelijk zijn de afspraken verboden en daarmee nietig.

- Is het marktaandeel van het waterschap van zo een geringe omvang dat een verstoring van de mededinging door de afspraken erg onwaarschijnlijk is?
- Maakt het marktaandeel van de ondernemingen gezamenlijk niet meer dan 10% uit van de markt waar de afspraken over gaan (indien het gaat om afspraken tussen (mogelijke) concurrenten)?

Of

- Maakt het marktaandeel van de ondernemingen gezamenlijk niet meer dan 15% uit van de markt waar de afspraken over gaan (indien het gaat om afspraken tussen niet-(mogelijke) concurrenten).

De afspraken van het waterschap vallen onder de de-minimis vrijstelling.

- Is één van de groepsvrijstellingen van toepassing?

Raadpleeg de groepsvrijstellingen.

- Is artikel 101, derde lid, VWEU van toepassing?
- Draagt de afspraak bij tot verbetering van de productie of de verdeling der producten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang?
- Komt een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede?
- Worden betrokken ondernemingen geen beperkingen opgelegd welke voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn?
- Wordt betrokken ondernemingen niet de mogelijkheid gegeven voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen?

Mogelijk is het kartelverbod niet van toepassing?

Met betrekking tot staatssteun:

- Is sprake van staatssteun?
- Wordt de steun door het waterschap of met staatsmiddelen bekostigd?
- Betreft de steun een bepaalde onderneming of ondernemingen (of producties)?
- Begunstigt de steun deze onderneming(en)?
- Vervalst de steun de mededinging of dreigt deze de mededinging te vervalsen?

- Zorgt de steun voor een ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer tussen lidstaten?

Mogelijk is sprake van ongeoorloofde staatssteun.





6. Samenwerking en rechtsvormen

6.1 SAMENVATTING

Waterschappen kunnen vele (combinaties van) publiekrechtelijke en privaatrechtelijke (rechts)vormen gebruiken voor de productie en levering van energie en grondstoffen. Behoudens hetgeen in hoofdstuk 2 over de taken van het waterschap is geschreven, zijn er weinig belemmeringen om welke organisatievorm dan ook te gebruiken. Wel wordt benadrukt dat iedere activiteit op het gebied van bijvoorbeeld productie en/of levering van energie en grondstoffen waarop samenwerking wordt beoogd, vraagt om een eigen afweging van het waterschap welke organisatievorm er het beste bij past. Naast bestuurlijke voorkeuren kunnen ook andere juridische en/of financiële aspecten de keuze voor een rechtsvorm beïnvloeden, zoals btw-aspecten.

6.2 BESCHRIJVING VAN HET JURIDISCHE LANDSCHAP

6.2.1 Wet- en regelgeving

Van belang zijn met name het Burgerlijk Wetboek (Boek 2 BW) en de Wet gemeenschappelijke regelingen (Wgr). In het BW worden de privaatrechtelijke rechtspersonen geregeld en in de Wgr de publiekrechtelijke vormen. Er zijn ook privaatrechtelijke rechtsvormen zonder rechtspersoonlijkheid (bijvoorbeeld vennootschap onder firma en maatschap), maar deze vormen liggen voor waterschappen niet voor de hand omdat bestuurders hiervan hoofdelijk aansprakelijk zijn vanuit het privévermogen voor schulden van de onderneming.

Burgerlijk Wetboek
Wet gemeenschappelijke regelingen

6.2.2 Jurisprudentie

De jurisprudentie over privaatrechtelijke rechtspersonen is zeer omvangrijk en divers van aard. Naar Nederlands recht wordt algemeen aanvaard dat overheden - dus ook waterschappen - zich ter uitvoering van hun specifieke overheidstaken niet alleen kunnen bedienen van de hun in het publiekrecht toegekende bevoegdheden, maar ook van de mogelijkheden die het burgerlijk recht biedt om bepaalde taken en doelstellingen te realiseren. Tot die mogelijkheden behoren onder meer het oprichten van en/of deelnemen in rechtspersonen naar burgerlijk recht en het sluiten van overeenkomsten naar burgerlijk recht. De meest relevante uitspraken hebben betrekking op de mogelijkheid voor overheden om privaatrechtelijke rechtshandelingen te verrichten of dat toch de publiekrechtelijke weg meer is aangewezen. Indien een waterschap

Privaatrechtelijke rechtshandelingen

gebruik maakt van zijn privaatrechtelijke bevoegdheden, dan dient het daarbij wel de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht te nemen.⁶⁹⁾ Ook zijn er veel uitspraken over persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders vanwege een ernstig verwijt of kennelijk onbehoorlijk bestuur (bestuurdersaansprakelijkheid) en faillissementen.

Er zijn relatief minder uitspraken over de Wgr. De meest relevante uitspraken gaan over de onjuiste overdracht van bevoegdheden aan het samenwerkingsverband en betwisting van de hoogte van uittreedsommen indien een deelnemer uit het samenwerkingsverband wil stappen.

6.3 HANDREIKING ORGANISATIEVORMEN IN RELATIE TOT ENERGIE EN GRONDSTOFFEN

6.3.1 Analyse van mogelijkheden

Waterschappen kunnen bij de productie en levering van energie en grondstoffen besluiten om zelf deze activiteiten uit te voeren en bijvoorbeeld alle risico's te dragen. De activiteiten kunnen dan door eigen diensten worden uitgevoerd of het waterschap kan hiervoor een privaatrechtelijk rechtspersoon instellen die deze activiteiten uitvoert.

Waterschappen kunnen ook besluiten om met elkaar of bijvoorbeeld met gemeenten samen te werken om bijvoorbeeld publieke kosten te delen en risico's te beperken. Waterschappen kunnen ook samen een privaatrechtelijke rechtspersoon instellen en van hieruit samenwerken met betrekking tot de productie en levering van energie en grondstoffen.

Waterschappen kunnen ten slotte ook besluiten om met private partijen samen te werken, bijvoorbeeld om kennis te delen, financiële risico's te spreiden over publiek en privaat en om toegang te krijgen tot andere netwerken.

Privaatrechtelijke- en publiekrechtelijke vormen

Voor het behalen van diverse synergievoordelen kunnen waterschappen dus in principe gebruik maken van zowel privaatrechtelijke als publiekrechtelijke (rechts)vormen om samen te werken dan wel om via een aanbesteding de activiteiten te laten uitvoeren.

Op hoofdlijnen wordt hieronder een overzicht gegeven van de mogelijkheden die het publiekrecht en privaatrecht bieden. In bijlage 1 is een overzicht opgenomen met een uitwerking op hoofdlijnen van de verschillende rechtsvormen.

69) Deze lijn is gestart met 'Amsterdam/IKON': HR 27 maart 1987, NJ 1987,727.

6.3.2 Publiekrechtelijke vormen

In de Wgr worden de publiekrechtelijke varianten geregeld, bijvoorbeeld de gemeenschappelijke regeling met een openbaar lichaam of een centrumconstructie. Het waterschap kan op basis van deze vormen met andere waterschappen of andere overheden samenwerken, bijvoorbeeld met gemeenten. Het gemeenschappelijk openbaar lichaam heeft overigens als enige Wgr-vorm rechtspersoonlijkheid. Hieronder volgt op hoofdlijnen een overzicht van de mogelijkheden op grond van de Wgr.

1. *Regeling zonder meer*

Bij samenwerken via ‘de regeling zonder meer’ gaat het om een overeenkomst op basis van de Wgr, waarbij geen van de overige varianten is ingesteld. Feitelijk komt deze vorm van samenwerking neer op een enkele afspraak tussen bestuursorganen waarbij een daadwerkelijke organisatievorm niet tot stand komt. Het instellen van een gemeenschappelijk orgaan is alleen aangewezen bij regelingen van zeer eenvoudige aard, waarbij rechtspersoonlijkheid niet is vereist.

2. *Gemeenschappelijk orgaan*

Bij een gemeenschappelijk orgaan gaat het om regelingen van zeer eenvoudige aard, veelal met een enkelvoudige, beperkt omschreven doelstelling, die geen geleed bestuur kent. Een gemeenschappelijk orgaan is geen rechtspersoon en kan geen ambtenaren in dienst hebben. Wanneer het gemeenschappelijk orgaan over een ambtelijke dienst moet beschikken, dan dient deze dus te worden ondergebracht bij bijvoorbeeld een van de deelnemers. Ook kan aan het gemeenschappelijk orgaan geen verordenende bevoegdheid worden toegekend

3. *Centrumconstructie*

Bij een centrumconstructie wordt een waterschap aangewezen die namens één of meer andere waterschappen bepaalde bevoegdheden uitoefent. Het gaat daarbij om mandatering van taken en bevoegdheden; niet om overdracht dan wel delegatie. Hierdoor blijven de politieke verantwoordelijkheden geheel bij de afzonderlijke waterschappen liggen. Een centrumconstructie heeft geen eigen rechtspersoonlijkheid.

De zeggenschap over de uitvoering van de samenwerkingstaken blijft bij de deelnemende waterschappen liggen. Het waterschap dat de centrumfunctie invult, heeft echter als enige zeggenschap over personele zaken. Een niet-centrumwaterschap heeft zodoende niet de mogelijkheid om via de normale ambtelijk-hiërarchische weg (bij) te sturen. Het centrumwaterschap richt voor de uitvoering van de samenwerkingstaken een dienst in (dan wel maakt gebruik van een bestaande dienst) die onder leiding van het bestuur van dit waterschap uitvoering geeft aan deze taken in zowel het eigen waterschap als de andere deelnemende waterschappen.

4. *Gemeenschappelijke regeling met openbaar lichaam*

Het belangrijkste kenmerk van de gemeenschappelijke regeling met openbaar lichaam is dat het een zelfstandige rechtspersoon⁷⁰⁾ is met bijbehorende eigen bevoegdheden. Daardoor kan de gemeenschappelijke regeling met openbaar lichaam zelfstandig deelnemen aan het rechtsverkeer, wat onder meer betekent dat het openbaar lichaam eigen personeel in dienst kan nemen en zelfstandig rechtshandelingen kan verrichten.

De gemeenschappelijke regeling met openbaar lichaam kent drie organen: een algemeen bestuur (AB), een dagelijks bestuur (DB) en een voorzitter. Uit het midden van het AB wordt het DB van de organisatie en de voorzitter gekozen.

Na oprichting heeft het bestuur uitsluitend organisatorische bevoegdheden, zoals de bevoegdheid de jaarrekening en begroting vast te stellen of de bevoegdheid als openbaar lichaam privaatrechtelijke rechtshandelingen te verrichten. Er kan pas over publiekrechtelijke bevoegdheden worden beschikt, nadat deze expliciet zijn gedelegeerd of gemandateerd door deelnemende waterschappen. Aan het bestuur van een openbaar lichaam kan bijvoorbeeld niet de bevoegdheid worden overgedragen andere belastingen te heffen dan de rechten bedoeld in artikel 115 van de Waterschapswet en ook niet de bevoegdheid belastingen te heffen of anderszins algemeen verbindende voorschriften te geven.

5. *De bedrijfsvoeringsorganisatie*

Op 12 augustus 2014 is de wijziging van de Wgr (*Wijziging Wet gemeenschappelijke regelingen in verband met onder andere de dualisering van het gemeente- en provinciebestuur en de invoering van een bedrijfsvoeringsorganisatie met rechtspersoonlijkheid*) gepubliceerd en is inwerkingtreding nog afhankelijk van een vast te stellen Koninklijk Besluit.

Met de wijziging van de Wgr wordt het onder meer mogelijk dat bij de regeling waaraan uitsluitend DB's van waterschappen kunnen deelnemen, een *bedrijfsvoeringsorganisatie* wordt ingesteld in het geval de regeling uitsluitend wordt getroffen ter behartiging van de sturing en beheersing van 'beleidsarme' ondersteunende processen en van uitvoeringstaken van de deelnemers (bijvoorbeeld de behartiging van uitvoeringstaken en aangelegenheden op het gebied van bedrijfsvoering, zoals personeel, informatievoorziening, organisatie, financiën, inkoop en huisvesting).

Met een bedrijfsvoeringsorganisatie wordt een nieuwe organisatie met rechtspersoonlijkheid in het leven geroepen. Deze organisatie heeft één bestuur en is niet geschikt voor beleidsinhoudelijke taken. Het is niet

⁷⁰⁾ Zonder rechtspersoonlijkheid is het niet mogelijk om deel te nemen aan het rechtsverkeer.

mogelijk om vergaande bevoegdheden over te dragen aan het bestuur. De bestuurlijke drukte is beperkt, omdat er sprake is van een enkelvoudig bestuur.

Private partijen als deelnemer in een gemeenschappelijke regeling

Bij de publiekrechtelijke samenwerking in een gemeenschappelijke regeling kunnen ook privaatrechtelijke rechtspersonen deelnemen in het DB, met dien verstande dat deze privaatrechtelijke rechtspersonen nooit de meerderheid van het DB mogen uitmaken.⁷¹⁾ Voordat een privaatrechtelijke rechtspersoon kan deelnemen, moet eerst machtiging aan de Kroon worden gevraagd. Deze machtiging wordt bij Koninklijk Besluit verleend en bekendgemaakt in de Staatscourant. Wel moet bedacht worden dat bij deze private deelneming de Kroon steeds de mogelijkheid heeft om de machtiging in te trekken en dat de criteria op basis waarvan de Kroon besluit tot machtiging niet formeel zijn vastgelegd en op voorhand niet duidelijk zijn.

Private partij als deelnemer

Waterschappen kunnen ook op basis van publiekrechtelijke overeenkomsten samenwerken. Voorbeelden hiervan zijn onder meer een bevoegdhedenovereenkomst of een (bestuurs)convenant tussen waterschappen. Afhankelijk van de inhoud van dergelijke overeenkomsten kunnen er voor de deelnemende waterschappen rechten en plichten uit volgen. Opgemerkt wordt dat met deze overeenkomsten geen rechten of plichten voor derden in het leven geroepen kunnen worden omdat zij geen partij zijn. Ook ontstaat er geen rechtspersoon door deze overeenkomst, die kan deelnemen aan het rechtsverkeer en bijvoorbeeld contracten kan sluiten.

6.3.3 Privaatrechtelijke vormen

Waterschappen kunnen, zoals reeds eerder aangegeven, gebruik maken van het privaatrecht en privaatrechtelijke rechtspersonen oprichten en/of daarin deelnemen. Waterschappen kunnen dus ook samen een privaatrechtelijk rechtspersoon oprichten of daarin deelnemen.

1. Besloten - en naamloze vennootschappen (BV en NV)

De oprichting van een BV door waterschappen geschiedt door een notariële oprichtingsakte, uitgifte van aandelen en inschrijving bij de Kamer van Koophandel. Aandeelhouders kunnen recht hebben op dividend en/of stemrecht uitoefenen en dragen alleen risico voor hun financiële inleg in de aandelen. Bij een BV is er geen⁷²⁾ verplichte storting van tenminste € 18.000 minimumkapitaal meer. Bij de BV is de aansprakelijkheid beperkt, maar bij wanbeheer en/of malversaties kunnen bestuurders in privé aansprakelijk worden gesteld in het kader van de bestuurdersaansprakelijkheid. Door de flexibilisering van het BV-recht per oktober 2012 is het gemakkelijker om gebruik te maken

Flexibilisering van het BV-recht

71) Artikel 93 Wgr.

72) Met ingang van 1 oktober 2012 vervallen.

van deze rechtsvorm (er is bijvoorbeeld geen bankverklaring nodig) en zijn er meer mogelijkheden om de sturing (aandeelhouderschap) op de vennootschap los te koppelen van stem- of winstrecht.

De NV is juridisch vergelijkbaar met de BV, met het verschil dat er bij de NV wel een minimum kapitaalvereiste geldt (€ 45.000) en dat de aandelen vrij verhandelbaar zijn. Indien aan bepaalde eisen⁷³⁾ wordt voldaan moet de vennootschap worden omgezet in een 'structuurvennootschap'.

2. Stichting

Een stichting wordt opgericht om een bepaald doel te verwezenlijken. Voor de oprichting door een waterschap is een notariële akte en inschrijving bij de Kamer van Koophandel vereist. De behaalde winst van een stichting mag niet worden uitgekeerd aan de oprichters en bestuurders, maar moet gebruikt worden voor het doel van de stichting.

Doelvermogen

Men spreekt daarom wel van een 'doelvermogen'. Bij de stichting is de aansprakelijkheid beperkt, maar bij wanbeheer kan het bestuur in privé aansprakelijk worden gesteld.

3. Vereniging en 4. Coöperatie

De vereniging is een rechtspersoon met leden (ledenvergadering) met een bepaald doel. De vereniging kent de wettelijke beperking dat er geen winst onder haar leden verdeeld mag worden. De coöperatie is een bijzondere vorm van de vereniging. Het kenmerk van een coöperatie is dat winstuitkeringen aan de leden in tegenstelling tot bij een gewone vereniging juist wel mogelijk is. Een ander verschil is dat de coöperatie moet voorzien in 'stoffelijke behoeften van de leden' (= alle behoeften op economisch vlak) en dat de waterschapsleden naast hun lidmaatschap overeenkomsten aangaan met de coöperatie die de onderneming drijft met een winst oogmerk of het oogmerk van kostenbesparing. Ten slotte is onderscheidend dat leden van een coöperatie hun aansprakelijkheid statutair kunnen beperken.

6.3.4 Combinatie publiek en privaat

Waterschappen kunnen ook samenwerken met private bedrijven in een van de bovenstaande privaatrechtelijke vormen. Deze vorm van samenwerking wordt een joint venture genoemd. Een joint venture in de vorm van bijvoorbeeld een BV houdt in dat het waterschap en een private partij beide een bepaald percentage van de aandelen houden in de BV, dus gezamenlijk eigenaar zijn.

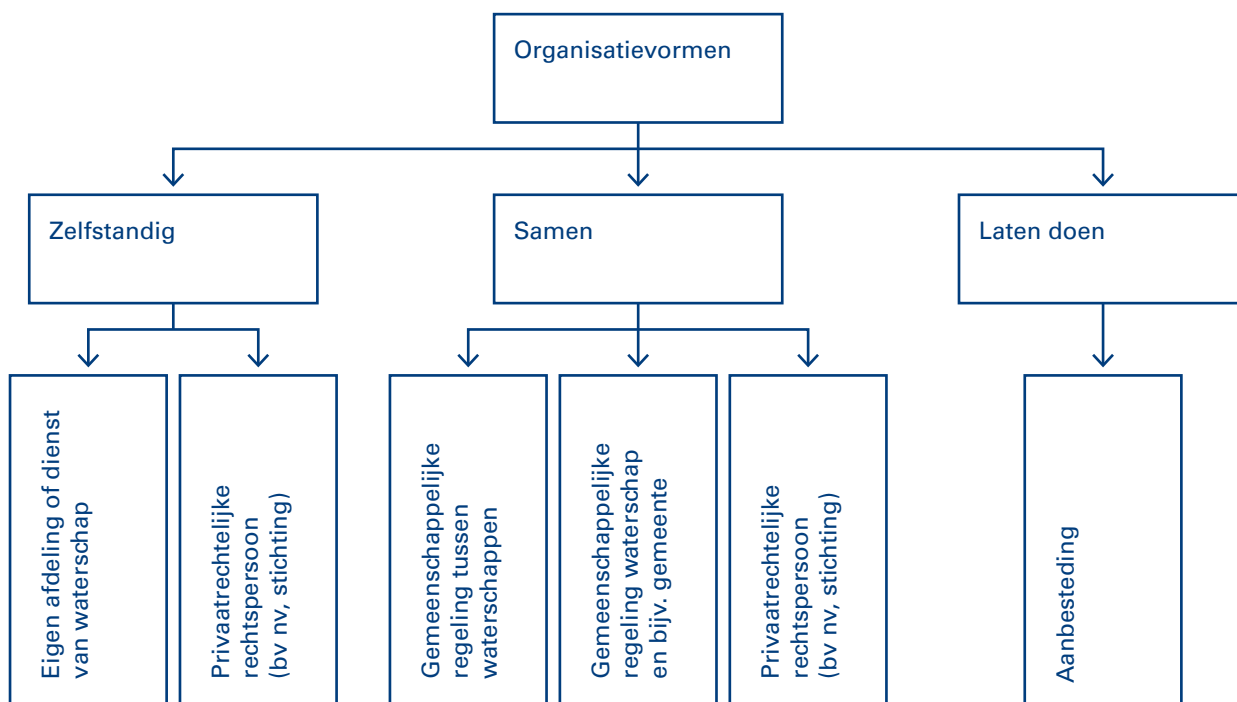
Publiek-private samenwerking

Ook kan in de vorm van een combinatie van publiek en privaat worden samengewerkt: publiek-private samenwerking (PPS). Deze vorm is reeds eerder beschreven in hoofdstuk 4 over het aanbestedingsrecht.

73) Gedurende drie jaar: kapitaal € 16 miljoen, meer dan 100 medewerkers en een OR ingesteld.

6.3.5 Schematische weergave

De keuze voor een organisatievorm in het kader van samenwerking kan als volgt schematisch worden weergegeven:



In bijlage 1 is een overzicht opgenomen van de mogelijke samenwerkingsvarianten in een afwegingskader. Het is hierbij van belang om op te merken dat bij de samenwerkingsvormen een eigen afweging wordt gemaakt door de waterschappen en andere deelnemers. Indien bijvoorbeeld het uitkeren van winst een belangrijk afwegingspunt is, dan kan dat bij een BV, NV of coöperatie en liggen de stichting of gemeenschappelijke regeling als samenwerkingsvorm niet voor de hand omdat bij deze vormen geen winsten uitgekeerd kunnen worden. Is bijvoorbeeld het gemakkelijk toetreden van nieuwe deelnemers relevant als afwegingspunt, dan is het logischer om te kiezen voor een NV (of 'geflexibiliseerde' BV) met vrij overdraagbare aandelen en liggen de samenwerkingsvormen vanuit de Wgr minder voor de hand omdat bij deze publiekrechtelijke vormen diverse toestemmingen gegeven moeten worden door deelnemende waterschappen of zelfs de Kroon alvorens een private partij mag toetreden.

6.4 UITDAGINGEN EN MOGELIJKE OPLOSSINGEN

Bij het samenwerken in zowel publiekrechtelijke als privaatrechtelijke vormen bestaan er vele uitdagingen. Deze uitdagingen hangen voor een groot deel samen met de concrete inrichting van statuten of de tekst van een gemeenschappelijke regeling. Op hoofdlijnen worden

hieronder een aantal uitdagingen geschetst en oplossingsrichtingen aangedragen.

Verantwoordings- en inlichtingenplicht

Grip en sturing bij een gemeenschappelijke regeling

Bij een gemeenschappelijke regeling met openbaar lichaam is een directe sturing door de bestuurders van de deelnemende waterschappen van nature geborgd door de positie die zij hebben in het AB en DB van het gemeenschappelijk openbaar lichaam. In de praktijk blijkt echter dat het inrichten en adequaat invullen van de formele verantwoordings- en inlichtingenplicht tussen het gezamenlijke uitvoeringsbedrijf met het DB en AB en de deelnemende waterschappen binnen de gemeenschappelijke regeling niet gemakkelijk is, waardoor het gevoel kan ontstaan dat sturing en nabijheid verminderen. Om toch meer grip te hebben als deelnemer, kan in de tekst van de gemeenschappelijke regeling bijvoorbeeld worden opgenomen dat er (periodiek) eerst een ambtelijk afstemmings-/vooroverleg wordt gehouden tussen het gezamenlijke uitvoeringsbedrijf en de deelnemende waterschappen, voordat het betreffende onderwerp in het DB wordt besproken. Door deze afstemmingsmomenten kunnen deelnemende waterschappen dichter op de materie zitten en kunnen zij bijvoorbeeld integraal beleid waarborgen. Ook valt te denken aan het toevoegen van ambtenaren aan overleggen van het DB en/of AB, bijvoorbeeld als adviserend lid of toehoorder, zodat een bepaalde mate van verbinding gewaarborgd is vanuit deelnemende gemeenten.

Ondernemingsbelang

Private versus publieke belangen

Bij samenwerking in private rechtsvormen moeten waterschappen rekening houden met het zelfstandige belang van die private rechtsvorm. Zo heeft de vennootschap een eigen ondernemingsbelang (bijvoorbeeld het belang van de gezamenlijke aandeelhouders) alsook het vennootschapsrechtelijke belang (bijvoorbeeld het voortbestaan van de vennootschap zelf). Deze belangen kunnen dus in strijd zijn met de publieke belangen die voor het waterschap juist als uitgangspunt moeten gelden. In de statuten van bijvoorbeeld een vennootschap kunnen de publieke belangen een plek krijgen, maar dat betekent niet automatisch dat deze belangen prevaleren boven de private of ondernemingsbelangen. De leidinggevende organen van een vennootschap moeten zich namelijk primair richten op het vennootschapsbelang, met inachtneming van relevante 'buitenvennootschappelijke belangen'.⁷⁴⁾

Aansprakelijkheid

Risico van vennootschap

De vennootschap die deelneemt aan het rechtsverkeer, is aansprakelijk voor de schulden die daarbij ontstaan. Zij die namens de vennootschap handelen - bestuurders of anderen - zijn in beginsel niet aansprakelijk. Ook de aandeelhouders zijn niet aansprakelijk, zij zijn slechts tegenover

74) Vergelijk *Van de NV en BV*, P. van Schilfgaarde (2013).

de vennootschap verplicht hun aandelen vol te storten. Een vennootschap die slecht rendeert en uiteindelijk faillieert, houdt op te bestaan en alle vermogensbestanddelen (gebouwen, machines, etc.) behoren tot de faillissementsboedel. De eigenaren van de vennootschap zijn dus met het omvallen van de vennootschap in principe alles kwijt. Om dit risico enigszins op te vangen, kan een holdingconstructie in het leven worden geroepen.

Bij de constructie van een holding (BV of NV) met daaronder een of meer dochter-BV's (= werkmaatschappij) is er sprake van een groep (van BV's). De holding BV/NV krijgt aandelen in de dochter-BV('s). In de holdingconstructie vinden de bedrijfsactiviteiten, bijvoorbeeld productie van energie, plaats in de dochter-BV('s). Het voornaamste verschil met een BV/NV zonder holding is dat het met een holding mogelijk wordt om in de holding BV/NV het bedrijfspand, winst, patenten en andere waardevolle zaken onder te brengen, die buiten een faillissement kunnen blijven van een dochter-BV. Op deze wijze is het mogelijk de continuïteit beter te waarborgen en de risico's van de bedrijfsactiviteiten van de dochter-BV buiten de holding en de eigenaren van de holding te houden.

Holdingconstructie

Sturing en toezicht op vennootschap

Voor een waterschap is er geen mogelijkheid voor een rechtstreeks instructierecht aan een vennootschap.⁷⁵⁾ Bij een vennootschap kan de invloed direct gerealiseerd worden door de positie van aandeelhouder, dus gebruikmakend van het aan het aandeel verbonden stemrecht. Sturing op de samenwerkingsorganisatie als aandeelhouder op het bestuur van een vennootschap kan hierbij op drie manieren plaatsvinden. Ten eerste door het statutair opdragen van bestuurstaken aan de algemene vergadering van aandeelhouders (ava). De bestuursbevoegdheid van de ava kan echter nooit zover gaan dat zij de vennootschap bestuurt; die bevoegdheid hoort bij het bestuur zelf. Daarnaast kan gebruik gemaakt worden van de statutaire instructiebevoegdheden⁷⁶⁾, zij het dat het hier gaat om algemene instructies en dat concrete instructies niet mogelijk zijn aan het bestuur. Ten slotte kan gebruik worden gemaakt van de goedkeuringsbevoegdheden door de ava.

6.5 RISICOANALYSE

Met betrekking tot de risico's op bijvoorbeeld het gebied van het aanbestedingsrecht, mededinging, staatssteun en fiscale onderwerpen wordt verwezen naar de desbetreffende hoofdstukken waarin oplossingsrichtingen worden benoemd. Vanuit de beoogde samenwerking zijn er op juridische gronden nauwelijks beperkingen. Hiervoor zijn reeds

⁷⁵⁾ Vergelijk *Gemeenschappelijk recht*, Scheltema (2013).

⁷⁶⁾ Zie art. 2:129 van het Burgerlijk Wetboek.

verschillende juridische risico's beschreven. Daarnaast zijn er ook een aantal andere (bestuurlijke) risico's.

Democratische legitimatie

Ten eerste de democratische legitimatie van de samenwerking. Bij de samenwerkingsvormen vanuit de Wgr is dit gewaarborgd door de deelname van waterschapsbestuurders in de gemeenschappelijke regeling. Bij de private varianten van samenwerking is het maar de vraag of deze democratische legitimatie voldoende gewaarborgd is. Indien bijvoorbeeld het bestuur van een vennootschap bestaat uit externe bestuurders (dus geen waterschapsbestuurders), kan het gevoel ontstaan dat de democratische legitimiteit tekortschiet. Indien waterschapsbestuurders deelnemen in een dergelijk bestuur van een vennootschap, kan zich tevens de dubbelepettenproblematiek voordoen: aandeelhouder en hierdoor eigenaar, opdrachtgever vanuit het waterschap en bestuurder in die vennootschap.

Soevereiniteit

Een ander concreet risico van samenwerking is dat het waterschap een deel van zijn soevereiniteit moet inleveren. Samenwerken betekent normaliter het delen van macht / invloed met de partner(s). Voorheen kon het waterschap eigen keuzes maken, maar bij samenwerking is er altijd een besluitvormingsprocedure waarbij gestemd moet worden over zaken waarbij een bepaalde stemverhouding geldt.

6.6 CHECKLIST

Zie bijlage 1 voor een afwegingskader waarin op hoofdlijnen de diverse rechtsvormen met elkaar worden vergeleken.



7. Fiscaal recht

7.1 SAMENVATTING

Bij het opwekken van energie en de productie van grondstoffen kan een waterschap te maken krijgen met drie verschillende belastingen: omzetbelasting (btw), vennootschapsbelasting en energiebelasting. Aangezien deze verschillende belastingen eigen begrippen kennen en afzonderlijk moet worden getoetst of het waterschap met één van de belastingen wordt geconfronteerd, wordt hier afzonderlijk op deze belastingen ingegaan.

Een waterschap wordt geconfronteerd met btw indien hij goederen en/of diensten levert en daarvoor een vergoeding ontvangt. Naast de administratieve verplichtingen (eisen administratie, doen van btw-aangifte, etc.) heeft het btw-ondernemerschap voor het waterschap - tenzij een btw-vrijstelling van toepassing is - tot gevolg dat het over de vergoeding btw in rekening dient te brengen. Daar staat vervolgens weer tegenover dat de aan het waterschap in rekening gebrachte inkoop-btw in aftrek mag worden gebracht. Btw-heffing kan niet alleen aan de orde komen bij het opwekken/produceren en leveren van energie en grondstoffen, maar ook bij samenwerkingen op dat gebied. Afhankelijk van de gekozen samenwerkingsvorm kan het samenwerkingsverband of kunnen de deelnemers kwalificeren als btw-ondernemer ter zake van de onderlinge dienstverlening en het doorbelasten van kosten. Ook het detacheren van personeel in dit kader is in principe een btw-belaste ondernemersactiviteit.

Btw-heffing heeft tot gevolg dat de toerekenbare inkoop-btw in aftrek kan worden gebracht. Btw-heffing hoeft dan ook niet altijd nadelig te zijn. Indien de btw een kostenpost vormt, zijn er diverse mogelijkheden om btw-heffing toch te voorkomen. Daarbij kan worden gedacht aan toepassing van het leerstuk van kosten voor gemene rekening, de koepelvrijstelling, het arrest EDM (consortiumgedachte) of één van de goedkeuringen bij het uitlenen van personeel.

7.2 OMZETBELASTING: BESCHRIJVING VAN HET FISCALE LANDSCHAP

In Nederland wordt de omzetbelasting geheven volgens het Europese btw-systeem. Alle landen die bij de EU zijn aangesloten, zijn namelijk verplicht om bij de levering van goederen en het verrichten van diensten een belasting te heffen over de toegevoegde waarde (btw).

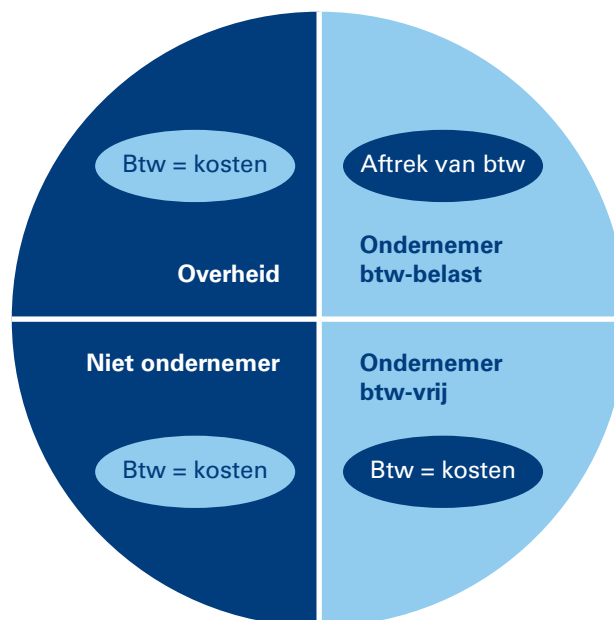
Btw-richtlijn Deze verplichting is nader uitgewerkt in de btw-richtlijn (Richtlijn 2006/112/EG). De regels die in de btw-richtlijn zijn verwoord, dienen door alle lidstaten in de nationale wetgeving te worden overgenomen. Daarbij geldt voor sommige regelingen dat er een keuze bestaat tussen het wel of niet overnemen, de zogenoemde 'kan'-bepalingen. In Nederland is de btw-richtlijn overgenomen in de Wet op de omzetbelasting 1968 (hierna: Wet OB) en bijbehorende regelingen.⁷⁷⁾ Belastingplichtigen dienen zich in eerste instantie te houden aan de nationale wetgeving. Mocht een bepaling uit de btw-richtlijn echter gunstiger zijn, dan kan een belastingplichtige zich - in tegenstelling tot de Belastingdienst - rechtstreeks op de btw-richtlijn beroepen. Dit geldt uiteraard niet voor de kanbepalingen.

7.2.1 Hoedanigheid waterschap

Een waterschap kan voor de omzetbelasting (hierna: btw)⁷⁸⁾ in drie hoedanigheden optreden:

1. Als overheid.
2. Als niet btw-ondernemer.
3. Als btw-ondernemer.

Alleen bij het optreden als btw-ondernemer krijgt het waterschap te maken met de btw-wetgeving. Het is dus van belang om bij iedere activiteit van het waterschap vast te stellen in welke hoedanigheid het optreedt.



77) Uitvoeringsbesluit omzetbelasting 1968, Besluit uitsluiting aftrek omzetbelasting 1968 (BUA) en Uitvoeringsbeschikking 1968.

78) In de Nederlandse wet wordt gesproken over omzetbelasting. Deze term is overgebleven uit de oude wetgeving van voor de EU btw-richtlijnen.

7.2.2 Waterschap treedt op als overheid/niet btw-ondernemer

Een waterschap handelt als overheid als het optreedt in het kader van een specifiek voor het waterschap geldend juridisch regime en het daarbij niet in concurrentie treedt met private partijen (btw-ondernemers). Het specifieke juridische regime kan volgens de jurisprudentie worden verondersteld als het waterschap:

Specifieke juridische regime

1. uitvoering geeft aan een aan het waterschap opgedragen wettelijke taak van een hogere wetgever
2. gebruik maakt van de zogenoemde overheidsprerogatieven (specifieke bevoegdheden/rechten, die uitsluitend een overheidslichaam heeft).

Als een waterschap niet handelt als overheid en voor zijn prestatie geen of slechts een symbolische vergoeding vraagt, treedt het op als niet btw-ondernemer. Aangezien de btw-gevolgen van deze twee hoedanigheden (overheid/niet btw-ondernemerschap) praktisch gelijk zijn, wordt hierna gesproken van overheid/niet btw-ondernemer.

7.2.3 Waterschap treedt op als btw-ondernemer

In de situatie dat een waterschap niet optreedt als overheid/niet btw-ondernemer, kwalificeert het in beginsel als btw-ondernemer. Op grond van de wet OB is namelijk eenieder btw-ondernemer, die zelfstandig een bedrijf uitoefent. Als gevolg daarvan kan eenieder (volledig rechtsvormneutraal), die duurzaam (meer dan eenmaal) deelneemt aan het economisch verkeer (een prestatie verricht tegen vergoeding) een btw-ondernemer zijn, dus ook een waterschap. Het resultaat (winst beogen of niet) is daarbij niet van belang. Ook is niet van belang of de vergoeding bestaat uit een geldbedrag, in natura wordt voldaan of door middel van een ruilprestatie.

Rechtsvorm neutraal

Uit praktisch oogpunt kan worden gesteld dat een waterschap handelt als btw-ondernemer voor zover het tegen vergoeding werkzaamheden verricht, die verder gaan dan de strikt wettelijk opgedragen taak.

Voorbeelden zijn:

- het verhuren van onroerende zaken
- het leveren van onroerende zaken
- het detacheren van personeel
- het verzorgen van onderhoud aan installaties van derden
- het leveren van zand
- het ten behoeve van derden verzorgen van laboratoriumwerkzaamheden
- het ten behoeve van andere waterschappen e.d. verzorgen van ongediertebestrijding

- het uitvoeren van gemeentelijke taken op het gebied van watergangen e.d.
- het exploiteren van een bedrijfsrestaurant
- het tegen vergoeding leveren van tot compost vervaardigde slib
- het tegen vergoeding aan derden leveren van warmte, elektriciteit e.d.

7.2.4 Gevolgen btw-ondernemerschap waterschap

Indien een waterschap optreedt als btw-ondernemer:

- a. dient het over zijn prestaties btw in rekening te brengen naar het juiste tarief
- b. mag het de toerekenbare inkoop-btw in aftrek brengen
- c. dient het periodiek btw-aangifte te doen
- d. dient het te voldoen aan de administratieve verplichtingen.

a) Tarief en vrijstellingen

Iedere activiteit van een btw-ondernemer in het economisch verkeer is in beginsel btw-belast met 21% (algemene tarief). Indien de prestaties echter zijn opgenomen in één van de bij de Wet OB behorende tabellen, is het verlaagde tarief (6%) of het nultarief (0%) van toepassing. Voor prestaties die onder het 6%-tarief vallen dient met name te worden gedacht aan eerste levensbehoeften, zoals voedingsmiddelen, water, medicijnen, boeken en het herstellen van fietsen, kleding of diensten door kappers. Het 0%-tarief is met name van toepassing op internationale transacties.

Voor bepaalde limitatief in de btw-wetgeving opgesomde activiteiten geldt een btw-vrijstelling. Te denken valt aan de levering en verhuur van onroerende zaken, zorg en medische diensten, onderwijs, sociaal-culturele, levensbeschouwelijke, maatschappelijke activiteiten en dergelijke. Als gevolg van de btw-vrijstelling is voor deze activiteiten geen btw verschuldigd.

b) Recht op aftrek

Inkoop-btw in aftrek brengen

Een waterschap kan alleen de btw op kosten en investeringen (inkoop-btw) in aftrek brengen, die toerekenbaar is aan zijn btw-belaste ondernemersactiviteiten. Indien de inkoop-btw toerekenbaar is aan zijn btw-vrijgestelde ondernemersactiviteiten of aan zijn activiteiten als overheid/niet btw-ondernemer, blijft aftrek achterwege (btw = kostenpost).

Naast de rechtstreeks toerekenbare inkoop-btw, krijgt een waterschap ook inkoop-btw in rekening gebracht op goederen/diensten die niet rechtstreeks kunnen worden toegerekend aan btw-belaste of btw-vrijgestelde activiteiten, respectievelijk activiteiten die worden verricht als overheid/niet btw-ondernemer. Deze inkoop-btw op zogenoemde algemene kosten/investeringen (bijvoorbeeld energie-, accountants of

telefoonkosten) of kosten/investeringen voor een gemengde activiteit (bijvoorbeeld een biogasinstallatie, waarmee elektriciteit wordt opgewekt voor de uitvoering van eigen wettelijke taken en het overschot wordt geleverd aan de energiemaatschappij) komt op basis van een verdeelsleutel voor aftrek in aanmerking. Daarbij dient allereerst een toerekening plaats te vinden tussen het btw-ondernemers en het overheid/niet btw-ondernemersdeel (de zogenoemde pre pro rata). Het btw-ondernemersdeel dient vervolgens te worden verdeeld tussen de btw-belaste en de btw-vrijgestelde prestaties (de zogenoemde pro rata). Volgens de hoofdregel bestaat deze pro rata uit de verhouding btw-belaste omzet/totale omzet van een btw-ondernemer. Van deze hoofdregel kan alleen worden afgeweken als een andere verhouding (bijvoorbeeld m², fte's, werkplekken en dergelijke) een beter beeld geeft van het gebruik van de desbetreffende kosten.

Pro rata

De aftrek van inkoop-btw op roerende en onroerende investeringsgoederen wordt voor de btw 5 respectievelijk 10 jaar gevolgd (ook wel herziening genoemd). Dit betekent dat in de jaren na aanschaf van het goed wordt bekeken of de oorspronkelijke aftrek van inkoop-btw wel terecht is geweest. Bij wijzigingen in gebruik kan dit leiden tot een aanvullende teruggaaf of terugbetalingsverplichting.

Indien de uitgaven van een waterschap als btw-ondernemer een consumptief karakter hebben of zien op verstrekkingen zonder of tegen een lage vergoeding, kan het recht op aftrek worden beperkt. Daarnaast sluit het BUA de btw (gedeeltelijk) uit op goederen en diensten die worden gebruikt voor:

- het voeren van een zekere staat
- het geven van relatiegeschenken/giften aan personen/ lichamen die zelf geen recht op aftrek hebben
- het doen van verstrekkingen aan het personeel.

Vorenstaande aftrekbepanking is alleen van toepassing als het waterschap de grens van € 227 per werknemer overschrijdt.

c) Btw-aangifte

Iedere btw-ondernemer doet in beginsel per kwartaal zijn btw-aangifte digitaal via de site van de Belastingdienst met unieke inlogcodes. Btw-ondernemers die op jaarbasis niet meer dan € 1.883 aan btw moeten betalen, mogen een jaaraangifte indienen. Slechts op verzoek kan het tijdvak op een maand worden gesteld. In uitzonderlijke gevallen kan om een jaaraangifte worden verzocht.

Op de btw-aangifte vermeldt de btw-ondernemer hoeveel btw hij is verschuldigd en hoeveel btw hij in aftrek mag brengen. Daarnaast dienen de prestaties van en naar het buitenland te worden verantwoord.

De btw-aangifte



d) Administratieve verplichtingen

Iedere btw-ondernemer dient de volgende administratieve verplichtingen⁷⁹⁾ in acht te nemen:

1. Het voeren van een deugdelijke boekhouding.⁸⁰⁾
2. Het bewaren van de voor belastingheffing relevante documenten (bewaarplicht).
3. Het doen van opgave intracommunautaire prestaties (ICP) en Intrastat.
4. Het doen van een correcte btw-aangifte.

Ad 1. Boekhouding

Iedere btw-ondernemer dient op een overzichtelijke wijze een boekhouding te voeren, waaruit te allen tijde is vast te stellen welk btw-bedrag over een bepaald tijdvak verschuldigd is. Als gevolg daarvan is de btw-ondernemer gehouden om aantekening te houden van:

- de door hem verrichte leveringen en diensten
- de aan hem verrichte leveringen en diensten
- de door hem verrichte intracommunautaire verwervingen (transacties binnen de EU)
- de door hem verrichte invoer (van buiten de EU).

Verder dienen uiteraard alle uitgaven en ontvangsten in kas-, bank- of giroboek te worden verwerkt.

Ad 2. Bewaarplicht

De algemene bewaarplicht van documenten dienstbaar aan de belastingheffing is zeven jaar en voor transacties met onroerende zaken is dat tien jaar. Tot deze documenten behoren ook alle uitgaande en inkomende facturen van de btw-ondernemer.

Ad 3. Opgave ICP en Intrastat

Opgave ICP

In de opgave ICP dient de btw-ondernemer een specificatie op te geven van de verrichte intracommunautaire leveringen (ICL) en diensten (ICD) per afnemer. De Belastingdienst stuurt opgegeven transacties per afnemer naar de belastingdiensten van andere lidstaten ter vergelijking met de intracommunautaire verwervingen en verleggingen bij ICD van die buitenlandse afnemer.

De opgave ICP van ICL dient te worden ingediend:

- in beginsel eens per kwartaal (voor jaaropgave is een vergunning vereist)
- per maand: indien in een kwartaal of één van de voorgaande vier kwartalen de ICL meer dan € 100.000 bedraagt

79) Besluit van 27 juni 2012, nr. BLKB 2012/477M.

80) Artikel 52 van de AWR en artikel 34 Wet OB.

- per twee maanden als in de tweede maand de grens van € 100.000 voor ICL wordt overschreden. Daarna volgt een opgaaf per maand.

De ICD mogen altijd per kwartaal worden verantwoord. Voor het niet, niet tijdig, onvolledig of onjuist indienen van de opgaaf ICP kan maximaal een boete van € 4.920 (eerste verzuim € 123, tweede/derde verzuim € 246, vierde/volgend verzuim € 1.230) worden gegeven.

Let op: Voor de opgaaf ICP krijgt een btw-ondernemer niet zoals bij de btw-aangifte een melding van de Belastingdienst. De btw-ondernemer dient zelf te denken aan het indienen van de opgaaf ICP.

Opgaaf aan het CBS (intrastat)

Btw-ondernemers zijn verplicht om voor hun intracommunautaire transacties (ICL/ICV) boven het drempelbedrag een opgaaf aan het CBS te doen. Deze drempelbedragen zijn:

- ICV's op jaarbasis > € 900.000
- ICL'en op jaarbasis > € 900.000.

De opgaaf aan het CBS geldt niet voor de intracommunautaire diensten van de btw-ondernemer.

7.2.5 Jurisprudentie

Waterschap brengt compost niet als overheid op de markt⁸¹⁾

Het waterschap Rijn en IJssel gebruikt een installatie waarin het door het waterschap verzamelde rioolafvalwater wordt gezuiverd. Een deel van het slib dat na zuivering overblijft, wordt door private ondernemers verwerkt tot compost en vervolgens door het waterschap verkocht. De vraag is of het waterschap voor deze werkzaamheden (verwerken en verkopen van compost) optreedt als btw-ondernemer.

Het Hof Arnhem oordeelde in zijn uitspraak dat het verwijderen van slib een onlosmakelijk deel van het zuiveringsproces is. Het slib is een restproduct van het zuiveringsproces en het waterschap trad volgens het hof op als btw-ondernemer. De Hoge Raad vindt de omstandigheid dat het vervaardigen van slib in samenhang met overheidsactiviteiten wordt verricht niet van belang. Volgens de Hoge Raad is bij het beantwoorden van de vraag of het waterschap optreedt als overheid van belang of het waterschap de werkzaamheden verricht in het kader van het specifiek voor het waterschap geldende juridische regime. Nu het waterschap de in zijn opdracht door derden geproduceerde compost onder dezelfde juridische voorwaarden als particuliere ondernemers op de markt brengt, is van een specifiek juridisch regime geen sprake. Het waterschap handelt als btw-ondernemer.

Restproduct

81) HR 2 november 2001, nr. 36.519 en Hof Arnhem 14 augustus 2000, nr. 98/3125.

Geen recht op herziening bij verkoop rioolwaterzuiveringsinstallatie⁸²⁾

Het waterschap Zeeuws-Vlaanderen heeft een rioolwaterzuiveringsinstallatie (rwzi) laten bouwen, die het waterschap gebruikt voor de uitvoering van zijn wettelijke taken. Een aantal jaren later besluit het waterschap om de rwzi te verkopen. Bij de verkoop van de rwzi gaat het waterschap ervan uit dat het optreedt als btw-ondernemer en opteert het voor een met btw belaste levering. Omdat de rwzi nog niet ouder is dan 10 jaar, wil het waterschap via de zogenoemde herzieningsregels een deel van de inkoop-btw op de bouwkosten alsnog in aftrek brengen.

Btw-ondernemer

De vraag of het waterschap recht heeft op herziening wordt voorgelegd aan het Hof van Justitie (HvJ). Volgens het HvJ is de hoedanigheid op het tijdstip van aankoop van belang. Alleen diegene die als btw-ondernemer handelt op het tijdstip van aanschaf, heeft recht op aftrek van voorbelasting. Het waterschap had geen recht op herziening. De rwzi was immers aangeschaft en gebruikt als overheid voor de uitvoering van wettelijke taken. Dat het waterschap bij verkoop had geopteerd voor een btw-belaste levering was volgens het HvJ niet van belang.

Tegen vergoeding verzorgen van (huis)aansluiting is btw belast⁸³⁾

Een Duitse publiekrechtelijke vereniging van gemeenten en steden (Zweckverband zur Trinkwasserversorgung und Abwasserbeseitigung Torgau-Westelbien) leverde drinkwater en verwerkte afvalwater. Daarnaast verzorgde de vereniging op verzoek van eigenaren van woningen tegen vergoeding individuele (huis)aansluitingen. Ter discussie stond of in Duitsland het verlaagde of het normale btw-tarief van toepassing was.

Het HvJ beantwoordt eerst de vraag of de vereniging als btw-ondernemer optreedt voor de aansluitingen. Volgens het HvJ is de individuele aansluiting absoluut noodzakelijk voor de terbeschikkingstelling van water. Aangezien een publiekrechtelijk lichaam bij de levering van water in concurrentie treedt met private partijen, kwalificeert een publiekrechtelijk lichaam hiervoor als btw-ondernemer. Het feit dat de (huis)aansluitingen als overheid worden verricht, doet daar niets aan af. De vereniging kwalificeert voor de aansluitingen als btw-ondernemer.

Geen btw-ondernemerschap bij het uitvoeren van straatwerken⁸⁴⁾

Exploitanten van elektrische, gas- en waterleidingen en centrale antenne- en telefoonkabels verrichten aan die leidingen en kabels regelmatig werkzaamheden. Om dat mogelijk te maken voeren publiekrechtelijke lichamen, waaronder waterschappen, straatwerken uit (openbreken en herstellen van straten, wegen en dergelijke) of zij laten die werkzaamheden door derden uitvoeren. De kosten hiervan worden vervolgens doorberekend aan de exploitanten van de leidingen en

82) HR 16 maart 2007, nr. 36.663 en HvJ 2 juni 2005, nr. C-378/02.

83) HvJ 3 april 2008, zaak C-442/05.

84) Paragraaf 2.5.3 van 'Omzetbelasting en compensatie van omzetbelasting bij publiekrechtelijke lichamen', Staatscourant nr. 2128, 7 februari 2012.

kabels. Volgens de staatssecretaris treedt het waterschap hierbij niet op als btw-ondernemer, maar hebben de ontvangsten het karakter van een schadevergoeding. Dit betekent dat over de ontvangen bedragen geen btw is verschuldigd en dat het waterschap ook geen recht heeft op aftrek van inkoop-btw. Op basis van een goedkeuring mag het waterschap echter toch handelen als btw-ondernemer. Aan de exploitant van de leidingen en kabels dient hij dan een factuur met btw uit te reiken en de op de straatwerken drukkende inkoop-btw komt voor aftrek in aanmerking.

7.3 HANDREIKING OMZETBELASTING IN RELATIE TOT ENERGIE EN GRONDSTOFFEN

7.3.1 Analyse van de mogelijkheden

Bij het opwekken van energie en de productie van grondstoffen rijst voor de btw in eerste instantie de vraag in welke hoedanigheid het waterschap optreedt. Treedt het waterschap op als btw-ondernemer, dan wordt het immers geconfronteerd met de btw-wetgeving. Treedt het waterschap op als niet btw-ondernemer of als overheid, dan blijft btw-heffing achterwege.

Om te beoordelen in welke hoedanigheid een waterschap optreedt, is het van belang om vast te stellen of het waterschap een prestatie voor een derde verricht en of dat het voor die prestatie een direct aanwijsbare vergoeding ontvangt.

Prestatie voor een derde

Let op: als vergoeding wordt niet aangemerkt de heffingen die het waterschap van overheidswege int, zoals waterschapsbelasting, zuiveringslasten etc.

Indien het waterschap energie opwekt en/of grondstoffen produceert, die vervolgens tegen een meer dan symbolische vergoeding worden verkocht, treedt hij op als btw-ondernemer. De levering van energie/grondstoffen is dan in beginsel belast met 21% btw. Uitzondering hierop vormt:

- de levering van water (belast met 6% btw)
- de levering van gas en minerale olie aan tuinbouwers voor de verwarming ter bevordering van het groeiproces van tuinbouwproducten (belast met 6%). Om het 6%-tarief te mogen toepassen, dient het waterschap wel in het bezit te zijn van een door de tuinbouwer ondertekende verklaring
- de levering van goederen naar het buitenland (in beginsel belast met 0% btw).

Zoals in onderdeel b van paragraaf 8.1.4 aangegeven, heeft het waterschap recht op aftrek van de toerekenbare inkoop-btw op het moment

dat hij als btw-ondernemer optreedt en btw-belaste prestaties verricht. Het maakt daarbij niet uit of de prestaties belast zijn met 21%, 6% of 0% btw.

Wekt het waterschap echter energie op of produceert hij grondstoffen voor eigen gebruik, dan dient te worden beoordeeld in welke hoedanigheid het waterschap bij dit eigen gebruik optreedt.

- Handelt het waterschap als btw-ondernemer bij het eigen gebruik, dan treedt het ook bij het energie opwekken/produceren van grondstoffen op als btw-ondernemer en is de toerekenbare inkoop-btw aftrekbaar.
- Handelt het waterschap bij het eigen gebruik daarentegen als overheid/niet btw-ondernemer, dan treedt het bij het energie opwekken/produceren van grondstoffen niet op als btw-ondernemer. Btw-heffing is dan niet aan de orde en de toerekenbare inkoop-btw vormt een kostenpost.

7.3.2 Stroomschema

Stroomschema hoedanigheid waterschap (optreden als overheid of als ondernemer) en de btw-gevolgen bij de productie van energie en grondstoffen:



Integratieheffing

Tot 1 januari 2014 kon een waterschap in specifieke situaties bij de vervaardiging van energie (stroom en warmte) voor eigen gebruik worden geconfronteerd met de zogenoemde integratieheffing. Daarbij diende per saldo btw te worden afgedragen over alle kosten toerekenbaar aan de vervaardiging, die zonder btw waren opgekomen (met name loonkosten). Deze integratieheffing is per 1 januari 2014 afgeschaft, waardoor een waterschap vanaf die datum niet meer door deze nadelige btw-heffing geraakt kan worden.

In de praktijk zal een waterschap bij het opwekken van energie en de productie van grondstoffen veelal in meerdere hoedanigheden (als btw-ondernemer en als overheid) tegelijk optreden. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer het waterschap beschikt over een biogasinstallatie, waarmee elektriciteit wordt opgewekt voor de uitvoering van eigen wettelijke taken en het overschot wordt geleverd aan de energiemaatschappij. Voor zover de elektriciteit wordt opgewekt voor eigen wettelijke taken, treedt het waterschap op als overheid. Voor de levering van elektriciteit aan de energiemaatschappij, treedt het waterschap op als btw-belast ondernemer. De toerekenbare inkoop-btw zal in deze situatie dan ook moeten worden gesplitst in een deel dat toerekenbaar is aan de btw-belaste levering van energie (inkoop-btw is aftrekbaar) en een deel dat toerekenbaar is aan de wettelijke taken (inkoop-btw is kostenpost). Hoe deze verdeling dient plaats te vinden, is niet wettelijk vastgelegd. Wel heeft de staatssecretaris aangegeven dat bij de verdeelsleutel moet worden aangesloten bij objectieve factoren, zoals m², m³, opbrengsten of kosten.⁸⁵⁾ In de praktijk wordt hierover veelal met de Belastingdienst een afspraak gemaakt.

Verdeelsleutel

7.4 RISICOANALYSE

7.4.1 Btw-ondernemerschap

Bij het opwekken van energie en de productie van grondstoffen loopt een waterschap het risico dat het als btw-ondernemer wordt aangemerkt. Btw-ondernemerschap komt om de hoek kijken wanneer een waterschap energie of grondstoffen levert aan een derde en hiervoor een (meer dan symbolische) vergoeding ontvangt. Het gevolg van het btw-ondernemerschap is dat het waterschap ter zake van de levering van energie/grondstoffen btw in rekening dient te brengen.

Btw-ondernemerschap hoeft overigens helemaal niet nadelig te zijn. Tegenover de afdracht van btw over de levering van energie/grondstoffen staat immers dat het waterschap de toerekenbare inkoop-btw (op kosten en investeringen) van de Belastingdienst mag terugvorderen. Dit

Inkoop-btw terugvorderen

⁸⁵⁾ Besluit van 25 november 2011, nr. BLKB 2011/641M (aftrekbesluit).

leidt sowieso tot een financieringsvoordeel bij investeringen en is veelal voordelig bij verliesgevende activiteiten⁸⁶⁾ (meer aftrek dan afdracht). Maar ook bij winstgevende activiteiten kan btw-ondernemerschap tot een voordeel leiden. Indien de afnemer namelijk eveneens kwalificeert als btw-ondernemer en volledig recht op aftrek van inkoop-btw heeft, dan vormt de btw die het waterschap in rekening brengt geen kostenpost. Bij de prijsstelling kan daarmee rekening worden gehouden. Hetzelfde geldt als de afnemer een gemeente of provincie betreft, die de door het waterschap in rekening te brengen btw kan compenseren bij het btw-compensatiefonds.

Btw-compensatiefonds

Het btw-compensatiefonds is een begrotingsfonds dat op 1 januari 2003 is ingevoerd. Bij dit fonds kunnen gemeenten, provincies en regionaal openbare lichamen (plusregio's) de in rekening gebrachte btw op kosten en investeringen (inkoop-btw) compenseren. Het gaat daarbij alleen om de inkoop-btw op goederen en diensten die worden gebruikt voor overheid/niet btw-ondernemerstaken. In een aantal specifieke gevallen is compensatie uitgesloten. Er bestaat geen recht op compensatie indien wordt opgetreden als intermediair en de goederen en diensten in feite worden gekocht om ter beschikking te worden gesteld aan iemand anders (ook wel de individuele derde genoemd). Daarnaast is compensatie uitgesloten wanneer bij btw-ondernemerschap geen recht op aftrek van inkoop-btw bestaat, omdat de prestaties vrijgesteld zijn van btw.

Het waterschap doet er goed aan om in de contracten die het sluit rekening te houden met zijn btw-positie en afspraken te maken voor die situaties waarin de Belastingdienst de btw-positie van het waterschap ter discussie stelt. Mocht een waterschap bijvoorbeeld van mening zijn dat het niet optreedt als btw-ondernemer voor een bijdrage die wordt ontvangen van een derde, en de Belastingdienst oordeelt dat de bijdrage toch btw-belast is, dan zal de Belastingdienst de btw in eerste instantie bij het waterschap naheffen. Afhankelijk van de gemaakte contractuele afspraken, kan het waterschap de btw dan wel of niet alsnog bij die derde in rekening brengen.

7.4.2 Btw bij samenwerkingsvormen

- Btw-heffing kan eveneens aan de orde komen bij samenwerkingen tussen waterschappen en andere publieke of private partijen. Dergelijke samenwerkingen kunnen worden geregeld in een samenwerkingsovereenkomst, maar er kan ook een afzonderlijke rechtsvorm (stichting, BV, NV, etc.) worden opgericht. Bij een samenwerkingsovereenkomst komt btw-heffing in beginsel aan de orde als de verschillende deelnemers binnen die

⁸⁶⁾ De btw kent geen winsttoogmerk, zie paragraaf 1.1.3.

overeenkomst over en weer prestaties verrichten en hiervoor kosten doorberekenen. Bij een samenwerking binnen een afzonderlijke rechtsvorm kwalificeert het samenwerkingsverband als btw-ondernemer met een geheel eigen btw-positie als het samenwerkingsverband tegen vergoeding prestaties verricht; en

- daarbij zelfstandig onder eigen naam naar buiten optreedt.

Als gevolg van uiteenlopende redenen kan btw-heffing bij een samenwerking leiden tot een btw-kostenpost (geen recht op aftrek noch op compensatie van inkoop-btw). Btw-heffing kan echter achterwege blijven indien:

- a. sprake is van een btw-fiscale eenheid
- b. de prestaties van het samenwerkingsverband zijn btw-vrijgesteld op grond van de koepelvrijstelling
- c. gebruik kan worden gemaakt van het leerstuk van kosten voor gemene rekening
- d. gebruik kan worden gemaakt van het arrest EDM/de consortiumgedachte.

a) de btw-fiscale eenheid

Indien btw-ondernemers die in Nederland wonen of zijn gevestigd, in financieel, organisatorisch en economisch opzicht zodanig met elkaar zijn verweven dat zij een eenheid vormen, kunnen zij voor de btw als één btw-ondernemer worden aangemerkt.

- Organisatorische verwevenheid: Voor verwevenheid in organisatorisch opzicht is vereist dat de betrokken btw-ondernemers onder een gezamenlijke, althans als eenheid functionerende leiding staan of de leiding van de ene btw-ondernemer in feite ondergeschikt is aan die van de andere.
- Economische verwevenheid: Van verwevenheid in economisch opzicht is sprake als de activiteiten van de verschillende btw-ondernemers in hoofdzaak strekken tot verwezenlijking van eenzelfde economisch doel. Dit is bijvoorbeeld het geval bij het bedienen van eenzelfde klantenkring of bij complementaire prestaties.
- Financiële verwevenheid: Voor de financiële verwevenheid bij in aandelen verdeelde vennootschappen geldt dat de meerderheid van de aandelen in elk van de vennootschappen - daaronder begrepen de zeggenschap - middellijk of onmiddellijk in dezelfde handen moet zijn. Het vereiste van financiële verwevenheid is voor stichtingen een stuk lastiger vast te stellen. Voor stichtingen is beslist dat de financiële positie van de ene stichting

Geen btw-heffing

Verwevenheid

rechtstreeks afhankelijk moet zijn, dan wel rechtstreeks van invloed is op de financiële positie van de andere stichting.

Gevolg van een btw-fiscale eenheid is dat alle onderlinge leveringen en diensten buiten de btw-heffing blijven. De btw-fiscale eenheid heeft tot nadeel dat de onderdelen van de fiscale eenheid hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de btw die de eenheid is verschuldigd.

Volgens de btw-wetgeving is voor het ontstaan van een fiscale eenheid btw een beschikking van de inspecteur nodig. In de jurisprudentie is echter beslist dat btw-ondernemers zich ook zonder een beschikking op het bestaan van een fiscale eenheid btw kunnen beroepen.

Op grond van een goedkeuring kunnen sturende en beleidsbepalende holdings die niet kwalificeren als btw-ondernemer, toch in de btw-fiscale eenheid worden opgenomen, indien aan bovenstaande verwevenheden wordt voldaan. Daarnaast kan uit de Europese jurisprudentie⁸⁷⁾ worden afgeleid dat ook andere natuurlijke personen of lichamen, die niet kwalificeren als btw-ondernemer, onderdeel kunnen uitmaken van de btw-fiscale eenheid.

b) de koepelvrijstelling

Diensten

Om te voorkomen dat deelnemers in een samenwerkingsverband met kostprijsverhogende btw worden geconfronteerd, zijn een aantal aangewezen diensten (dus geen leveringen) van zo'n samenwerkingsverband btw-vrijgesteld. Deze wettelijke btw-vrijstelling⁸⁸⁾ wordt ook wel de koepelvrijstelling genoemd.

De koepelvrijstelling is van toepassing indien aan de volgende voorwaarden wordt voldaan:

1. Er moet sprake zijn van aangewezen diensten door een zelfstandige koepelorganisatie van deelnemers die btw-vrijgestelde prestaties verrichten of prestaties verrichten waarvoor zij geen btw-ondernemer zijn.
2. De koepelorganisatie moet als doel hebben om diensten te verlenen, die rechtstreeks nodig zijn voor de uitoefening van de activiteiten van de leden.
3. De koepelorganisatie mag alleen terugbetaling van het aandeel in de gezamenlijke uitgaven vorderen.
4. Er mag door de btw-vrijstelling geen ernstige verstoring van concurrentieverhoudingen optreden.

87) Zie onder andere HvJ 25 april 2013, Commissie/Nederland zaak C-65/11.

88) Artikel 11, lid 1, onderdeel u Wet OB.

De koepelvrijstelling kan ook worden toegepast als één of meer leden naast btw-vrijgestelde ook btw-belaste prestaties verrichten. De koepelvrijstelling is dan ook een zogenoemde ‘voor zover’ bepaling. Prestaties van de leden aan de koepelorganisatie zijn echter in beginsel btw-belast (tenzij een andere (wettelijke) btw-vrijstelling van toepassing is). Daarmee kan de koepelvrijstelling slechts eenzijdig (van koepel aan leden) worden toegepast.

c) Leerstuk kosten voor gemene rekening

Uit jurisprudentie van de Hoge Raad⁸⁹⁾ volgt dat de doorberekening van gezamenlijke kosten geen vergoeding voor een prestatie vormt, indien aan de volgende voorwaarden is voldaan:

- De kosten worden gemaakt ten behoeve van verschillende ondernemers.
- De kosten worden in eerste instantie door één van hen betaald.
- De kosten worden voor het werkelijke bedrag (zonder winstopslag) doorberekend.
- De kosten worden volgens een van tevoren vaststaande verdeelsleutel omgeslagen, waarbij de verhouding waarin kosten voor gemene rekening onder de ondernemers worden verdeeld, de grootte van ieders aandeel in de afgenomen goederen en diensten weerspiegelt.
- Het risico van de kosten gaat alle deelnemers aan volgens de overeengekomen verdeelsleutel.

Om gebruik te kunnen maken van ‘kosten voor gemene rekening’, zal vooraf moeten worden afgesproken in welke verhouding de kosten worden gedragen en dient het risico ook overeenkomstig deze verhouding te worden gedragen. Volgens de staatssecretaris staat de verdeelsleutel vast en kan deze nadien niet meer worden gewijzigd en/of worden aangepast aan eventueel gewijzigde feitelijke omstandigheden.⁹⁰⁾ Het afsluiten van een nieuwe overeenkomst voor dezelfde kosten, maar met een gewijzigde verdeelsleutel biedt volgens de staatssecretaris geen uitkomst hierin. Het leerstuk blijft niet van toepassing.

Verdeelsleutel

Voor de verdeling van de kosten is een schriftelijke overeenkomst op zich niet noodzakelijk. Ook een min of meer stilzwijgende afspraak tussen partijen over de doorberekening wordt voldoende geacht, mits deze plaatsvindt volgens een bestendige gedragslijn (volgens een vast

Bestendige gedragslijn

89) HR 23 april 1997, nr. 32166, BNB 1997/301 en HR 21 november 2008, nr. 43930, BNB 2009/41.

90) Besluit van 25 november 2011, nr. BLKB 2011/641M (aftrekbesluit). In de praktijk speelt overigens de discussie of de rigide houding van de staatssecretaris ten aanzien van dit leerstuk wel houdbaar is.

patroon). Gezien de terughoudendheid van de Belastingdienst en de aanscherping in het aftrekbesluit ten aanzien van het leerstuk, gaat de voorkeur echter altijd uit naar een schriftelijke afspraak.

d) EDM/consortiumgedachte

In het arrest EDM⁹¹⁾ heeft het Hof van Justitie (onder andere) uitspraak gedaan over de onderlinge prestaties van partijen, die deelnemen aan een samenwerkingsverband (in casu betrof het een consortium). In dit arrest is geoordeeld dat de werkzaamheden die door de deelnemers van een consortium aan elkaar worden verricht, niet btw-belast zijn. Het gaat daarbij om de werkzaamheden die overeenkomstig de bepalingen van de consortiumovereenkomst worden verricht en die overeenstemmen met het in die overeenkomst aan elke deelnemer toebedeelde aandeel. Prestaties die dit aandeel overschrijden en ook daadwerkelijk door de overige deelnemers worden vergoed, zijn daarentegen wel onderworpen aan btw-heffing. Deze prestaties worden geacht buiten de samenwerking om te zijn verricht.

Consortiumovereenkomst

De consortiumgedachte kan worden vormgegeven door een overeenkomst tussen de partijen⁹²⁾, waarin wordt gespecificeerd hoeveel de inbreng van partijen bedraagt. Ondanks dat aan deze inbreng een waarde kan worden toegekend, is in het geval van de consortiumgedachte geen sprake van een prestatie onder bezwarende titel. De inbreng van partijen ziet immers op het realiseren van het gezamenlijke doel, zoals hiervoor vermeld in de uitgangssituatie. Btw-heffing is dan ook niet aan de orde. Daar staat tegenover dat alle toerekenbare inkoop-btw niet in aftrek kan worden gebracht en daarmee volledig een kostenpost is. Daarbij dient te worden opgemerkt dat de consortiumgedachte niet is gebaseerd op een wettelijke bepaling, maar op jurisprudentie. Hierdoor is altijd sprake van een bepaalde mate van interpretatie, die wel door de Belastingdienst moet worden gedeeld.

7.4.3 Btw bij detachering

In de praktijk menen partijen binnen de btw-vrijgestelde sectoren en bij de overheid vaak dat detachering onder een btw-vrijstelling valt of als overheidsactiviteit kan worden gezien. Helaas is dat veelal een kostbare misvatting. Het detacheren (uitlenen) van personeel is namelijk in beginsel een btw-belaste ondernemersactiviteit. Dit geldt ook voor een waterschap dat personeel detacheert.

Btw belast

Voor de btw wordt onder detachering verstaan de situatie waarin een werkgever een werknemer ter beschikking stelt van een ander, waarbij de werknemer onder leiding en/of toezicht van die ander arbeid verricht. Detachering is in beginsel belast met 21% btw. Daarbij is niet van belang welke prestatie (administratief, zorg of bijvoorbeeld onder-

91) HvJ EG 29 april 2004, nr. C-77/01, BNB 2004/285.

92) Het oprichten van een afzonderlijke entiteit is daarvoor strikt genomen niet noodzakelijk.

wijs) de werknemer verricht. De dienst kwalificeert immers als het uitlenen van personeel.

Niet elke situatie die ‘lijkt’ op detachering dient voor de btw ook als zodanig te worden gekwalificeerd. Indien bijvoorbeeld de presterende btw-ondernemer voor de opdrachtgever werkzaamheden gaat uitvoeren, waarbij hij volledig verantwoordelijk is en blijft voor de inhoud en kwaliteit hiervan, lijkt geen sprake van btw-belaste detachering doch van anders te duiden diensten. Die diensten kunnen mogelijk wel weer onder een btw-vrijstelling, bijvoorbeeld zorg, onderwijs of sociaal-cultureel, worden gebracht. Het is dan ook van groot belang na te gaan wie wat doet en onder welke contractuele voorwaarden de werkzaamheden plaatsvinden.

Contractuele voorwaarden

Het btw-belast detacheren van personeel leidt tot een kostenpost als de inlenende partij de btw niet in aftrek kan brengen of geen gebruik kan maken van het btw-compensatiefonds. Btw-heffing kan in die situaties wellicht worden voorkomen door toepassing van:

- de goedkeuringen van de staatssecretaris uit het besluit inzake het ter beschikking stellen van personeel⁹³⁾
- diverse in de nationale en Europese jurisprudentie ontwikkelde leerstukken.

Helaas zijn alle mogelijkheden aan strikte voorwaarden gebonden en legt de Belastingdienst vaak stringente spelregels op.

Goedkeuringen besluit

In het besluit van de staatssecretaris wordt voor verschillende sectoren een goedkeuring gegeven op basis waarvan btw-heffing bij detachering achterwege kan blijven. Voor waterschappen zijn de volgende twee goedkeuringen van belang:

- a. In het kader van herstructurering van publiekrechtelijke lichamen.
- b. Ter bevordering van de arbeidsmobiliteit.

a) Er is sprake van een herstructurering van publiekrechtelijke lichamen bij een gemeentelijke herindeling of bij het samengaan van publiekrechtelijke lichamen. In dat kader en vooruitlopend daarop wordt regelmatig personeel gedetacheerd, maar kan btw-heffing onder voorwaarden achterwege blijven bij⁹⁴⁾:

- de privatisering van overheidsinstellingen: overheidspersoneel wordt tijdelijk (overgangsfase) gedetacheerd aan het nieuw opgerichte privaatrechtelijk lichaam. Het privaatrechtelijk lichaam neemt daarna zelf personeel in dienst

93) Besluit van 14 maart 2007, nr. CPP2007/347M.

94) Voor de gedetailleerde omschrijving van alle voorwaarden wordt verwezen naar onderdeel 7 van het besluit.

- gemeentelijke herindeling en fusie van waterschappen: in een tijdelijke overgangsfase detacheren de betrokken gemeenten/waterschappen vaak onderling personeel, totdat het personeel in dienst komt bij de nieuw gevormde gemeente/waterschap
- de fusies van andere (semi-)overheidsinstanties en niet btw-belaste instellingen: in een tijdelijke overgangsfase detacheren de betrokken partijen vaak onderling personeel, totdat het personeel in dienst komt bij de nieuw gevormde entiteit.

Maximaal 12 maanden

- b) Deze goedkeuring ziet alleen op detachering van publiekrechtelijke instellingen en/of onderwijsinstellingen en voor maximaal 12 maanden. Mocht blijken dat de detachering langer heeft geduurd dan 12 maanden, is de gehele periode alsnog btw-belast. Als partijen na 12 maanden onder dezelfde voorwaarden een nieuwe overeenkomst sluiten, is de nieuwe detachering btw-belast.⁹⁵⁾

Leerstukken jurisprudentie

Indien geen gebruik kan worden gemaakt van één van de goedkeuringen, kan btw-heffing wellicht achterwege blijven op basis van de volgende in de nationale en Europese jurisprudentie ontwikkelde leerstukken:

- Kosten voor gemene rekening (zie paragraaf 7.4.2).
- EDM/consortiumgedachte (zie paragraaf 7.4.2).
- Horizoncollege-doctrine: op grond van de arresten Horizoncollege en Cito kan detachering onder voorwaarden als een nauw met het onderwijs samenhangende dienst worden gezien. De voorwaarden zijn door de staatssecretaris van Financiën in een besluit verder toegelicht en moeten zeer strikt worden toegepast. De gedachte van de nauw samenhangende dienst zou wellicht ook in een breder verband kunnen worden toegepast, al is afstemming met de Belastingdienst daarbij wel zeer raadzaam.

7.5 CHECKLIST

Btw-ondernemerschap

- Wordt er energie/grondstoffen geleverd aan een derde?
- Ontvangt het waterschap een vergoeding (anders dan heffingen)?
- Is btw-heffing nadelig?
 - Hoe hoog is de afdracht?
 - Hoe hoog is de toerekenbare inkoop-btw?

⁹⁵⁾ Voor de gedetailleerde omschrijving van alle voorwaarden wordt verwezen naar onderdeel 8 van het besluit.

- Heeft de afnemer recht op aftrek of compensatie (gemeente, provincie of plusregio) van de te berekenen btw?
- Wat is er contractueel over btw-heffing afgesproken?

Samenwerking

- In welke vorm wordt samengewerkt? (overeenkomst of afzonderlijke rechtspersoon)
- Worden er onderling prestaties verricht en kosten doorbelast?
- Wat is er contractueel over btw-heffing afgesproken?
- Is sprake van een btw-fiscale eenheid?
- Kan gebruik worden gemaakt van de koepelvrijstelling?
- Is btw-heffing ter zake van onderlinge prestaties nadelig?
- Kan gebruik worden gemaakt van het leerstuk van kosten voor gemene rekening of de consortiumgedachte?

Detachering

- Wordt er personeel in- of uitgeleend?
- Brengt het waterschap terecht btw in rekening?
- Kan btw-heffing wellicht worden voorkomen door gebruikmaking van de goedkeuringen van de staatssecretaris?
- Kan btw-heffing achterwege blijven door gebruikmaking van de in de jurisprudentie ontwikkelde leerstukken?

7.6 VENNOOTSCHAPSBELASTING

7.6.1 Samenvatting vennootschapsbelasting

Bij het opwekken en leveren van gas of elektriciteit kan een waterschap geconfronteerd worden met de heffing van vennootschapsbelasting en de verplichting jaarlijks een aangifte vennootschapsbelasting te verzorgen. Een waterschap wordt geconfronteerd met de heffing van vennootschapsbelasting als het een nijverheidsbedrijf uitoefent. Met ingang van 2016 bestaat⁹⁶⁾ belastingplicht indien een onderneming wordt gedreven en er geen vrijstelling van toepassing is. Als belastingplicht aan de orde is, is het waterschap over het door zijn onderneming behaalde fiscale exploitatieresultaat heffing verschuldigd naar een tarief van minimaal 20% en maximaal 25% (tarief 2014). Innovatieve ondernemende waterschappen kunnen de effectieve belastingdruk veelal beperken door gebruik te maken van fiscale maatregelen die innovatie stimuleren.

⁹⁶⁾ Op grond van het wetsvoorstel Modernisering VPB-plicht overheidsondernemingen.

7.7 BESCHRIJVING VAN HET FISCALE LANDSCHAP

7.7.1 Wet- en regelgeving

Belastbare winst

De vennootschapsbelasting (vpb) is een belasting die wordt geheven over het (fiscale) exploitatieresultaat (de fiscale 'winst') van een belastingplichtige. Materieel geldt daarmee dat deze belasting zich in enig jaar laat voelen als in fiscale zin ook een belastbare winst wordt gerealiseerd. Verlieslatende activiteiten leiden niet direct tot heffing, maar komen mogelijk wel in aanmerking voor verrekening met (toekomstige) winsten.

Fiscale en commerciële winstbepalingsregels

Het reguliere tarief in 2014 is progressief opgebouwd en bedraagt 20% (voor belastbare bedragen tot € 200.000) en 25% (voor belastbare bedragen vanaf € 200.000). Met het ontstaan van belastingplicht komt de exploitatie van een onderneming door een overheidslichaam te verkeren onder de wettelijke regels uit de Wet op de vennootschapsbelasting 1969. Dat betekent bijvoorbeeld dat de mogelijke waardeverhoging van bedrijfsmiddelen van een onderneming onder deze heffing komt. Als gevolg van een verschil tussen fiscale en commerciële winstbepalingsregels kan het fiscale resultaat bovendien afwijken van het resultaat zoals dat in een commerciële jaarrekening wordt gepresenteerd (bijvoorbeeld als gevolg van fiscale afschrijvings- en renteaftrekbeperkingen, toelaatbaarheid bepaalde kostenallocatie, etc.).

Daarnaast moet een vennootschapsbelastingplichtige onderneming binnen een groep van verbonden rechtspersonen op grond van de wet op zakelijke grond handelen ('at arm's length'). Het gevaar van belastingarbitrage en uitholling van de heffingsgrondslag wordt zo voorkomen. In een samenwerkingsverband van enerzijds onbelaste entiteiten en anderzijds belaste ondernemingen, is het zodoende niet toegelaten om winst in een onbelaste omgeving te laten neerslaan en verliezen in een belaste sfeer te 'genieten'.

7.7.2 Belastingplichtige in de vennootschapsbelasting

Rechtsvorm

De belastingplicht voor de vennootschapsbelasting wordt in beginsel bepaald door de rechtsvorm waarin activiteiten worden ontplooid. Er zijn rechtsvormen die door de wet vanzelf vennootschapsbelastingplichtig worden verklaard. Het is dan niet van belang welke activiteiten die rechtsvorm verricht. De besloten vennootschap, de naamloze vennootschap en de coöperatieve vereniging zijn voorbeelden van rechtsvormen die van rechtswege belastingplichtig zijn.

Voor (de ondernemingen van) publieke rechtspersonen geldt echter een andere regeling. Waterschappen kwalificeren als publieke rechtspersoon op grond van artikel 1 lid 1 van het Burgerlijk Wetboek. In het kader van de vennootschapsbelasting is het voor waterschappen dus relevant om de gevolgen van deze uitzonderingspositie te kennen.

Op grond van de huidige wet (2014) geldt - kort gezegd - dat een publiekrechtelijke rechtspersoon niet belastingplichtig is, tenzij een in de wet genoemde belaste activiteit wordt uitgeoefend waarmee een onderneming wordt gedreven. Voor het belastingplichtig zijn van een publieke rechtspersoon is daardoor niet zijn rechtsvorm doorslaggevend, maar de aanwezigheid van die onderneming (c.q. de activiteiten die zij verricht). Binnen een groep van verschillende (samenwerkende) rechtspersonen met verschillende activiteiten moet vanuit de optiek van de vennootschapsbelasting per rechtspersoon worden bepaald of en zo ja in hoeverre deze belastingplichtig is.

Publiekrechtelijke rechtspersoon

In de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 wordt een specifieke lijst opgesomd met bezigheden van publieke rechtspersonen die als onderneming kunnen kwalificeren. Op grond van deze opsomming is voor waterschappen het drijven van een zogeheten ‘nijverheidsbedrijf’ de voornaamste reden om te constateren tot de aanwezigheid van een onderneming. Daarbij geldt dat de uitoefening van een nijverheidsbedrijf (met uitzondering van die welke uitsluitend of nagenoeg uitsluitend water leveren) tot belastingplicht leidt.

De vraag of er sprake is van een nijverheidsbedrijf, dient volgens jurisprudentie te worden beantwoord aan de hand van de betekenis in het spraakgebruik.⁹⁷⁾ Uit de verschillende definities uit de Van Dale zou een nijverheidsbedrijf daarmee als volgt kunnen worden gedefinieerd: “een nijverheidsbedrijf is een onderneming die één of meer materialen verbruikt (opmaakt) ten behoeve van het vervaardigen van haar (eind) product(en)”.

In de zin van de fiscale wet moet onder nijverheidsbedrijf in ieder geval mede begrepen worden: ‘bedrijven die gas, elektriciteit of warmte produceren, transporteren of leveren, alsmede bedrijven die netten of leidingen aanleggen of beheren ten behoeve van het transport van gas, elektriciteit of warmte’. De productie en levering van deze energie leidt daardoor voor waterschappen tot belastingplicht. Het belang van het begrip nijverheidsbedrijf voor de vennootschapsbelasting verdwijnt overigens effectief met ingang van 2016. Op grond van aangekondigde wetgeving (vergelijk paragraaf 7.8) gaat dan een geheel nieuw fiscaal regelkader gelden.

Nijverheidsbedrijf

Een waterschap dat zich ten minste gedeeltelijk bezighoudt met het produceren van gas, elektriciteit of warmte, moet als (ten minste gedeeltelijk) vennootschapsbelastingplichtig worden aangemerkt. Daaruit volgt de verplichting jaarlijks een aangifte vennootschapsbelasting te verzorgen. De start van activiteiten die belastingplicht tot gevolg hebben, leidt ook tot afbakeningsvragen over de omvang van deze belastingplicht binnen de publiekrechtelijke rechtspersoon van het waterschap.

97) Hoge Raad 10 september 1986, nr. 23 468, BNB 1986/319.

Zo zal bij aanvang een fiscale openingsbalans moeten worden opgesteld voor de te onderkennen onderneming van het waterschap. Ook zal een administratie moeten worden ingericht op het niveau van deze onderneming, waaruit onder meer de zogeheten etikettering van bedrijfsmiddelen volgt (meer hierover in paragraaf 7.7.6 ‘overige aandachtspunten’). Een waterschap doet er ook goed aan om de resultaten (opbrengsten en kosten) van de bedrijfsmatige (belastingplichtige) activiteiten administratief af te bakenen, zodanig dat er geen discussie kan ontstaan over de toerekening van kosten uit het niet-bedrijfsmatige deel van de activiteiten van het waterschap aan het wel ondernemingsgewijs geëxploiteerde - belastingplichtige - deel van de exploitatie. Omdat dit alles binnen één rechtspersoon plaatsvindt, verdient het veelal aanbeveling om in dit proces ook afstemming te zoeken met de Belastingdienst.

Een andere veelgebruikte mogelijkheid om belastingplichtige activiteiten niet alleen administratief te oormerken, bestaat eruit deze ook juridisch onder te brengen in een afzonderlijke rechtspersoon. Veel keuzes zijn daarbij denkbaar, maar de besloten vennootschap (BV) die als dochtermaatschappij van het waterschap fungeert, ligt vaak voor de hand. Met het creëren van een aparte rechtspersoon voor de belastingplichtige activiteiten blijft een waterschap zelf verschoond van belastingplicht en dreigen ook minder potentiële administratieve fouten.

7.7.3 Administratieplicht

Ongeacht de vraag of een waterschap belastingplichtig is voor de vennootschapsbelasting, geldt een administratieplicht op grond van de Algemene wet inzake rijksbelastingen. De belastingwetgeving kan wel van invloed zijn op de wijze waarop een administratie moet worden ingericht. Een waterschap is als administratieplichtige gehouden om van zijn vermogenstoestand en alles betreffende zijn (eventuele) bedrijf op zodanige wijze een administratie te voeren en de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers op zodanige wijze te bewaren, dat hieruit te allen tijde zijn rechten en verplichtingen, alsmede de voor de heffing van belasting overigens van belang zijnde gegevens duidelijk blijken. Aan de administratieplicht is daarmee dus ook een bewaarplicht gekoppeld, die praktisch ten minste zeven jaar bedraagt maar soms zelfs meer. Door de administratie- en bewaarplicht kan de Belastingdienst ook achteraf nog controleren of een waterschap belastingplichtig is (geweest).

Administratieplicht

7.7.4 Aangifteplicht en navorderingstermijn

Belastingplicht voor de vennootschapsbelasting houdt in dat ten minste ook jaarlijks een aangifte zal moeten worden ingediend. Het nijverheidsbedrijf van het waterschap zal daarvoor een boekhouding moeten voeren. De jaarrekening die op grond van de cijfers uit die boekhouding kan worden opgemaakt, vormt de basis om ook de verschuldigde vennootschapsbelasting te berekenen en jaarlijks de aangifte te (laten) verzorgen.

Jaarlijkse aangifte

Het verzorgen van een aangifte vennootschapsbelasting kan plaatsvinden via de digitale omgeving (portal) die de Belastingdienst voor iedere belastingplichtige via internet toegankelijk maakt. Staat de belastingplicht van een waterschap vast, maar verzorgt het niet (tijdig) de vereiste aangifte? Dan kunnen (uiteindelijk) ambtshalve aanslagen worden opgelegd en dwangmaatregelen (boetes) volgen om de verschuldigde belasting alsnog te innen.

De aangifteplicht duurt voort zolang er sprake is van belastingplicht. Wijzigt de belastingplicht omdat activiteiten worden gestaakt, verkocht, overgaan naar een aparte rechtspersoon of omdat een fiscale wetswijziging optreedt? Dan dient het tot dat moment behaalde fiscale resultaat door het waterschap in een finale aangifte te worden aangegeven. Het verdient vaak de voorkeur om het staken van activiteiten en einde van belastingplicht ook schriftelijk met de Belastingdienst af te stemmen. Het gedurende meerdere jaren niet behalen van fiscale winst door een nijverheidsbedrijf van een waterschap doet niet af aan het voortbestaan van de belasting- en aangifteplicht. Om de geleden verliezen ook fiscaal formeel vastgesteld te krijgen van de Belastingdienst (zodat ze ook met winsten van het waterschap in andere jaren ‘verrekend’ kunnen worden), is altijd een aangifte nodig.

Evenals voor de omzetbelasting, kan de Belastingdienst formeel nog terugkomen op het verleden van een vennootschapsbelastingplichtig waterschap gedurende maximaal vijf jaar. Dat betekent dat navordering in 2014 nog mogelijk is over de jaren 2009 tot en met 2013. Alle eventueel in die jaren niet of onjuist aangegeven verschuldigde belasting kan in beginsel nog worden nagevorderd.

Navordering

7.7.5 Verliesverrekening

Om in enig jaar tot het belastbare bedrag van een onderneming te komen (de heffingsgrondslag voor de vennootschapsbelasting), dient de in enig jaar genoten fiscale winst te worden verminderd met de te verrekenen verliezen.⁹⁸⁾

De fiscale hoofdregel is daarbij dat verliezen één jaar kunnen worden ‘teruggewenteld’ en negen jaren kunnen worden ‘vooruitgewenteld’. Met andere woorden: een verlies uit het jaar 2014 kan worden verrekend met fiscale winsten uit het jaar 2013 en winsten uit de jaren 2015 tot en met 2023. Als de verliezen uit 2014 eind 2023 niet zijn verrekend, dan gaan ze fiscaal teniet.

Verrekenen fiscale winsten

Als tijdelijke stimuleringsmaatregel in het kader van de economische crisis is de verliesverrekening voor de jaren 2009, 2010 en 2011 aan-

98) De belastbare winst is de winst verminderd met aftrekbaar giften; gezien het geringe praktische belang daarvan voor waterschappen laten wij deze regelgeving hier verder onbehandeld.

gepast. De termijn voor verliesverrekening in die jaren is aangepast, zodanig dat dit veel belastingplichtigen voordeel bood.

Bij de overdracht van een (aandelen)belang in belastingplichtige activiteiten kunnen wettelijke beperkingen worden gesteld aan verliesverrekening. Een nieuwe eigenaar of een samenwerkingsverband doet er goed aan zich hiervan op de hoogte te stellen voordat men activiteiten overneemt van een waterschap. De aanwezigheid van verrekenbare verliezen binnen een nijverheidsbedrijf is bovendien van mogelijke invloed op de waarde van dat bedrijf. Dergelijke verliezen leiden veelal immers tot minder effectieve belastingdruk op toekomstige winsten.

7.7.6 Overige aandachtspunten bij belastingplicht

Het nijverheidsbedrijf van een waterschap heeft rekening te houden met de regels uit de vennootschapsbelasting. Hierna wordt kort ingegaan op enkele belangrijke aspecten van deze wetgeving, zoals:

- a. etiketteringsvraagstukken
- b. afschrijvingsbeperkingen
- c. fiscale reserves
- d. investeringsfaciliteiten
- e. innovatiefaciliteiten.

a) Etiketteringsvraagstukken

Onderneming

Indien een onderneming wordt onderkend binnen een waterschap, is de vraag welke zaken aan die ondernemingsactiviteiten van het waterschap moeten worden toegerekend. Immers, niet het gehele waterschap wordt voor vennootschapsbelastingdoeleinden als onderneming beschouwd. In dit verband zijn voor het waterschap zaken in drie categorieën te onderscheiden, namelijk: 1) verplicht ondernemingsvermogen, 2) verplicht niet-ondernemingsvermogen en 3) keuzevermogen. Indien sprake is van zaken die nagenoeg geheel (voor 90% of meer) door de onderneming worden gebruikt, is sprake van verplicht ondernemingsvermogen en worden deze zaken dus betrokken in de heffing van vennootschapsbelasting. Indien zaken nagenoeg geheel (voor 90% of meer) worden gebruikt buiten het ondernemingsdeel van het waterschap, dan is sprake van verplicht niet-ondernemingsvermogen dat niet wordt betrokken in de heffing van vennootschapsbelasting. Bij gemengd gebruik (indien geen van beide voorgaande gevallen aan de orde is) is sprake van keuzevermogen en kan worden gekozen om het betreffende vermogen volledig aan het ondernemingsvermogen toe te rekenen oóf volledig aan het niet-ondernemingsvermogen toe te rekenen. De keuze van het waterschap om bepaalde zaken te rekenen tot het ondernemingsvermogen, moet blijken uit de administratie van de onderneming en de aangifte vennootschapsbelasting.

b) Afschrijvingsbeperkingen

Belangrijk om op te merken over afschrijvingsbeperkingen is bijvoorbeeld dat deze regelgeving grenzen stelt aan de afschrijvingslasten die fiscaal in aanmerking mogen worden genomen. Fiscaal bestaat namelijk voor bedrijfsmiddelen de beperking dat hier maximaal 20% per jaar op bedrijfsmiddelen mag worden afgeschreven. Voor eventuele goodwill is dit maximale percentage zelfs beperkt tot 10%. Dit betreft de maximale percentages. Indien de zakelijke gebruiksduur van een bedrijfsmiddel langer is, dient een lager percentage te worden gehanteerd.

Daarnaast geldt voor gebouwen dat deze niet mogen worden afgeschreven tot een lagere waarde dan de zogeheten 'bodemwaarde'. Deze bodemwaarde bedraagt voor een gebouw dat aan een ander persoon of lichaam ter beschikking wordt gesteld 100% van de WOZ-waarde en voor een gebouw in eigen gebruik 50% van de WOZ-waarde. Zie goed dat de onderneming van een waterschap die wordt geconfronteerd met een fiscale beperking in de afschrijvingslasten, een hogere belastbare winst realiseert. Het gevolg daarvan is een hogere effectieve belastingdruk voor het waterschap.

c) Fiscale reserves

Daarnaast bestaan fiscaal mogelijkheden om fiscale winst uit te stellen door middel van de vorming van reserves. Een voorbeeld hiervan is de fiscale faciliteit om een herinvesteringsreserve te vormen ter zake van de boekwinst die wordt gemaakt bij de verkoop van een bedrijfsmiddel. Deze winst kan hiervoor worden gereserveerd, indien het voornemen bestaat om deze binnen drie jaar te herinvesteren in een ander bedrijfsmiddel. Over deze winst wordt dan de belastingheffing uitgesteld tot het moment dat deze vrijvalt als het voornemen uiteindelijk niet tot een herinvestering leidt of doordat de herinvesteringsreserve wordt afgeboekt op de aanschafwaarde van het nieuwe bedrijfsmiddel. In dat laatste geval kunnen in de toekomst minder afschrijvingskosten ten laste van de fiscale winst worden gebracht.

Herinvesteringsreserve

Ook bestaan de zogenaamde stille reserves en de goodwill. Dit is de meerwaarde van bedrijfsmiddelen boven de waarde die op de fiscale ondernemingsbalans tot uitdrukking komt (stille reserves) en de meerwaarde van de onderneming als geheel boven de waarde van de losse bedrijfsmiddelen (goodwill). Voor deze reserves geldt dat de winst pas tot uitdrukking komt als een bedrijfsmiddel wordt verkocht (in het geval van stille reserves) of als de gehele onderneming wordt verkocht of gestaakt (in het geval van goodwill).

Stille reserves en de goodwill

d) Investeringsfaciliteiten

Om het investeringsklimaat te stimuleren, kent de fiscale wetgeving de investeringsaftrek. Deze bestaat uit drie onderdelen: de klein-

schaligheidsinvesteringsaftrek, de milieu-investeringsaftrek en de energie-investeringsaftrek.

Kleinschaligheidsinvesteringsaftrek

Bij de investering in een bedrijfsmiddel kan onder voorwaarden een kleinschaligheidsinvesteringsaftrek worden geclaimd. Een percentage van het investeringsbedrag kan dan in het jaar van de investering ten laste van de winst worden gebracht. Het percentage van de aftrek neemt af naarmate het investeringsbedrag groter wordt. Bij overschrijding van een bepaald bedrag (€ 306.931 in 2014) bestaat in het geheel geen recht meer op kleinschaligheidsaftrek.

Milieu-investeringsaftrek

Milieuvriendelijke bedrijfsmiddelen

Belastingplichtigen die investeren in niet eerder gebruikte milieuvriendelijke bedrijfsmiddelen kunnen voorts in aanmerking komen voor de milieu-investeringsaftrek. Ook de milieu-investeringsaftrek levert een voordeel op, aangezien een deel van het investeringsbedrag direct ten laste van de winst in het jaar van investeren mag worden gebracht. Afhankelijk van het soort investering en de categorisering daarvan als milieuvriendelijk door de overheid, mag (in 2014) 36%, 27% of 13,5% worden afgetrokken. Ook aan deze faciliteit zijn nadere voorwaarden verbonden, aangezien ook hiermee de jaarlijkse belastingdruk kan worden verlaagd.

Energie-investeringsaftrek

Voor investeringen in energiebesparende, niet eerder gebruikte bedrijfsmiddelen komen onder voorwaarden belastingplichtigen in aanmerking die de investeringen verrichten in bepaalde door de overheid aangewezen bedrijfsmiddelen. De aftrek bedraagt 41,5% (2014) indien de investeringen in het bedrijfsmiddel in het jaar meer dan € 2.500 bedragen en minder dan € 118 miljoen. In tegenstelling tot de reguliere kleinschaligheidsaftrek betekent een overschrijding van de maximumlimiet niet dat het recht op energie-investeringsaftrek voor het totale bedrag vervalt. Alleen over het surplus wordt geen energie-investeringsaftrek verleend.

Desinvesteringsbijtelling

Bijtelling

Als spiegelbeeld en sluitstuk van de regelgeving voor de investeringsaftrek geldt de desinvesteringsbijtelling. Als bedrijfsmiddelen binnen vijf jaar na aanvang van het investeringsjaar worden vervreemd⁹⁹⁾, dient bij de winst een bijtelling plaats te vinden. De bijtelling wordt berekend naar het eerder verleende percentage aan investeringsaftrek en wel over de overdrachtsprijs, met als maximum het investeringsbedrag.

99) Aan vervreemden is in dit verband gelijk te stellen: het onttrekken aan de onderneming (bijvoorbeeld door verkoop of het staken van de onderneming) of het wijzigen van de bestemming van een goed zodanig dat niet meer aan de voorwaarden voor de eerder genoten investeringsaftrek wordt voldaan.

Willekeurige afschrijving milieubedrijfsmiddelen

Belastingplichtigen kunnen de aanschaffingskosten of de voortbrengingskosten van een aantal aangewezen bedrijfsmiddelen willekeurig afschrijven tot een maximum van 75% (2014). Willekeurige afschrijving biedt het voordeel dat belastingplichtigen het tempo van afschrijving zelf kunnen bepalen en niet gehouden zijn aan het tempo dat de wet regulier dicteert. Een percentage van de aanschaffings- en voortbrengingskosten van het aangewezen bedrijfsmiddel is vervroegd aftrekbaar van de fiscale winst. Daarmee kan het belastbaar bedrag dus worden beïnvloed.

Aangewezen bedrijfsmiddelen

Als subsidie wordt ontvangen voor een aangewezen bedrijfsmiddel, moet het subsidiebedrag voorafgaand aan willekeurige afschrijving eerst worden afgetrokken van de aanschaffings- of voortbrengingskosten. Aangewezen milieubedrijfsmiddelen zijn milieuvriendelijke bedrijfsmiddelen. Het doel van deze regeling is het stimuleren van de marktintroductie van milieuvriendelijke bedrijfsmiddelen. De overheid wil zo een bijdrage aan dergelijke investeringen leveren. In een jaarlijks te publiceren lijst staan de bedrijfsmiddelen vermeld die onder de regeling vallen.

e) Innovatiefaciliteiten

De overheid voert al jaren een beleid om innovatie in Nederland te stimuleren. Daartoe zijn binnen de vennootschapsbelasting een aantal regelingen van kracht. Wij gaan hier kort in op de afdrachtsvermindering loonheffingen (WBSO), de innovatiebox en de research & development aftrek (RDA).

Afdrachtsvermindering loonheffingen (WBSO)

Voor werknemers van een onderneming die direct zijn betrokken bij speur- en ontwikkelingswerk waarvoor een zogeheten S&O-verklaring is afgegeven, bestaat recht op een afdrachtsvermindering op de loonkosten van deze werknemers. De afdrachtsvermindering wordt uitgedrukt in een percentage van het kwalificerende loon. De percentages worden jaarlijks aangepast, maar voor 2014 bedraagt het 35% van de eerste € 250.000 aan loonkosten en 14% van de daarboven uitgaande loonkosten. Strikt genomen vormt deze fiscale subsidie op loonkosten geen faciliteit in de vennootschapsbelasting. Om toegang te krijgen tot de beide andere faciliteiten heeft de WBSO echter een groot belang én is het relevant dat het waterschap ten minste een onderneming drijft.

Afdrachtsvermindering op de loonkosten

Innovatiebox

Via de innovatiebox kunnen ondernemers hun winsten die behaald worden met innovatieve activiteiten onderbrengen in een speciale tariefbox (innovatiebox) binnen de vennootschapsbelasting. De winst die in de innovatiebox valt, wordt belast tegen een effectief tarief van slechts 5% in plaats van maximaal 25%. Dit betekent dus een maximale winstvrijstelling van maar liefst 80%. Er zijn uiteraard voorwaar-

Maximale winstvrijstelling

den aan deze faciliteit. De voornaamste is dat een belastingplichtige een octrooi of een speur en ontwikkelingsverklaring (S&O-verklaring) heeft gekregen voor een *zelf voortgebracht* immaterieel vast actief. Een S&O-verklaring is veelal eenvoudiger te verkrijgen dan een octrooi, maar bedenk wel dat een S&O-verklaring aangevraagd moet worden vóór met de ontwikkelingsactiviteiten wordt begonnen.

Research & development aftrek (RDA)

Research & development aftrek (RDA) geldt voor investeringen in S&O-activiteiten. De RDA is een extra aftrekpost en verlaagt derhalve de belastbare winst en de effectieve belastingdruk. Het RDA-bedrag wordt in een beschikking vastgesteld door de Rijksdienst voor Ondernemend Nederland (RVO). Voor 2014 bedraagt de extra aftrekpost 60% van de kosten en uitgaven met betrekking tot een S&O-project. Lang niet alle kosten van een S&O-project kwalificeren voor de RDA, maar door de aanvraag van een RDA-beschikking tactisch en technisch goed vorm te geven, is vaak een flinke besparing op de heffing van vennootschapsbelasting te realiseren.

7.8 TOEKOMSTIGE WETGEVING

Hoofregel

Op Prinsjesdag 2014 verscheen een wetsvoorstel waarmee de belastingplicht voor overheidsondernemingen wordt gemoderniseerd. De nieuwe wetgeving moet op 1 januari 2015 in werking treden voor boekjaren die aanvangen op of na 1 januari 2016. Met effectieve ingang van 2016 gaat daarmee veel wijzigen voor publieke rechtspersonen die een onderneming drijven. De hoofregel is dan niet langer dat een waterschap niet belastingplichtig is (tenzij bijvoorbeeld een nijverheidsbedrijf wordt uitgeoefend), maar wordt omgedraaid: overheidsondernemingen zijn belastingplichtig, tenzij een in de wet genoemde vrijstelling van toepassing is. Uitgangspunt bij het vormgeven van de wetgeving blijft wel dat typische overheidstaken en bevoegdheden waarmee niet in concurrentie wordt getreden met private ondernemingen, buiten de belastingplicht blijven.

Met het wetsvoorstel als uitgangspunt geldt voor publiekrechtelijke rechtspersonen als waterschappen dat in beginsel belastingplicht ontstaat voor zover de activiteiten een (materiële) onderneming in de zin van de fiscale wetgeving vormen.¹⁰⁰⁾ Met deze benadering wordt aangesloten bij de belastingplicht voor verenigingen en stichtingen. Een daarmee vergelijkbare benadering ligt voor de hand omdat, net als bij de meeste verenigingen en stichtingen, publiekrechtelijke rechtspersonen veelal zonder winstoogmerk activiteiten verrichten. Een belastingplichtig waterschap dient vanaf 2016, net als een belastingplichtige

100) Een (materiële) onderneming zoals gedefinieerd in de Wet op de inkomstenbelasting 2001 en de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, voordeel daarvan is ook dat dit begrip reeds in de jurisprudentie is ingekaderd.

stichting of vereniging, per jaar één aangifte in. Net als een stichting of vereniging kan een waterschap straks twee sferen onderkennen: een belaste (ondernemings)sfeer en een onbelaste sfeer (vergelijk ook paragraaf 7.7.6a).

Onderneming

Een waterschap kan verschillende activiteiten uitoefenen. De toets of sprake is van het drijven van een onderneming vindt plaats op het niveau van elke afzonderlijke activiteit. Een activiteit kan alleen afzonderlijk worden beoordeeld als er een zekere mate van zelfstandigheid aan kan worden toegekend. Van het drijven van een onderneming is sprake als 1) door een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid 2) wordt deelgenomen aan het economische verkeer 3) met het oogmerk daarmee winst te behalen, welke winst ook redelijkerwijs te verwachten valt. Het oogmerk winst te behalen, wordt ook aangenomen indien er structurele overschotten worden gerealiseerd. Wil er sprake zijn van een onderneming, dan dient aan de drie cumulatieve voorwaarden te zijn voldaan. Het antwoord op de vraag wanneer een fiscale onderneming moet worden onderkend in een publiekrechtelijke rechtspersoon is veelal complex. Wij gaan hier dan ook niet verder in op de aanwezigheid, omvang en afbakening van de onderneming binnen een publiekrechtelijke rechtspersoon.

Drijven van een onderneming

Vrijstellingen

Het wetsvoorstel biedt vier algemene objectieve vrijstellingen, drie voor directe overheidsondernemingen (kortweg publiekrechtelijke rechtspersonen - zoals waterschappen - die ten minste één onderneming drijven) en drie voor de indirecte overheidsondernemingen (kortweg privaatrechtelijke rechtspersonen - zoals BV's - die worden beheerst door publiekrechtelijke rechtspersonen), te weten:

Objectieve vrijstellingen

1. overheidstaken en publiekrechtelijke bevoegdheden
2. bepaalde samenwerkingsverbanden
3. (alleen voor directe overheidsondernemingen) interne activiteiten (inbesteding)
4. (alleen voor indirecte overheidsondernemingen) quasi-inbesteding.

Voor het produceren, transporteren of leveren van gas, elektriciteit of warmte alsmede voor het aanleggen of beheren van netten of leidingen ten behoeve van gas, elektriciteit of warmte gelden de genoemde vrijstellingen overigens niet. Voor zover lichamen dergelijke activiteiten verrichten, zijn zij ook nu (2014) al belastingplichtig. Het kabinet wil met het wetsvoorstel buiten twijfel stellen dat die situatie wordt gecontinueerd in 2016 en volgende jaren.

Het karakter van een objectieve vrijstelling is dat deze de voordelen (resultaten) uit bepaalde activiteiten buiten de belastingheffing laat. Een subjectief belastingplichtig waterschap ontkomt er daarmee niet

aan een aangifte te verzorgen, maar een groot deel van het fiscale resultaat van zijn onderneming(en) blijft daarmee wel van heffing vrijgesteld. De objectvrijstelling kan overigens op verzoek buiten toepassing blijven. Zo'n verzoek kan uitkomst bieden als bijvoorbeeld een administratieve scheiding in de inkomstenstroom van bepaalde activiteiten praktisch ondoenlijk is.

1. Vrijstelling uitoefening overheidstaken of publiekrechtelijke bevoegdheden

Overheidstaken of publiekrechtelijke bevoegdheden

Een eerste vrijstelling betreft de vrijstelling voor winst uit activiteiten die de uitoefening van overheidstaken of publiekrechtelijke bevoegdheden betreffen. Voor zover een (in)directe overheidsonderneming een overheidstaak verricht, kan sprake zijn van belastingplicht. Voor deze activiteiten is op die activiteiten van rechtswege de objectvrijstelling van toepassing, tenzij met de uitoefening van die overheidstaak (of publiekrechtelijke bevoegdheid) in concurrentie wordt getreden. Wanneer er sprake is van een overheidstaak of publiekrechtelijke bevoegdheid, is niet altijd duidelijk. Tussen de wettelijke taken van een waterschap enerzijds en evident commerciële activiteiten anderzijds, zijn er mogelijk activiteiten die lastig te duiden zijn. Zo is het denkbaar dat een waterschap het aanbieden van een bepaalde dienst tot zijn taak gaat rekenen omdat de private markt deze dienst niet aanbiedt en het waterschap het van belang vindt dat de betreffende dienst wordt aangeboden.

Wanneer een waterschap activiteiten verricht waarbij een af te zonderen prestatie aan een individuele afnemer tegen een daarop betrekking hebbende prijs ontbreekt, bijvoorbeeld in het kader van een aan hem opgelegde publieke taak, is veelal fiscaal geen onderneming te onderkennen in deze activiteiten aangezien de deelname aan het economische verkeer ontbreekt. Te denken valt aan milieutaken, beheer van watergangen en rioolstelsels en het opruimen van afvalstoffen. Voor andere activiteiten, zoals afgifte van vergunningen of ontheffingen, is er wel deelname aan het economische verkeer. Er kan dan in fiscale zin sprake zijn van een onderneming binnen het waterschap. Wordt er met deze activiteiten niet in concurrentie getreden met private partijen, dan geldt de vrijstelling van rechtswege. Wordt hiermee wel in concurrentie getreden met private partijen, dan vindt de vrijstelling geen toepassing. Omdat een zekere autonomie geldt bij het formuleren van de taak van een waterschap, wordt op deze wijze geborgd dat concurrerende overheidsactiviteiten op gelijke wijze in de heffing worden betrokken als bij private ondernemingen.

In concurrentie

Als voorbeelden van mogelijk concurrentieverstorende ondernemingsactiviteiten van waterschappen zijn genoemd (niet limitatief): waterleidingbedrijven, netwerkbeheer, slibverwerking, afvalzorg, exploitatie van vastgoed en het aanbieden van cursussen.

3. *Vrijstelling samenwerking publiekrechtelijke rechtspersoon en/of privaatrechtelijke overheidslichamen*

Samenwerking tussen overheden doet zich op allerlei terreinen voor en kan in verschillende vormen plaatsvinden. Hier liggen meestal efficiëntie- en kwaliteitsredenen aan ten grondslag. Het wordt ongewenst geacht als samenwerking ertoe zou leiden dat de voordelen die worden behaald met de activiteiten van het samenwerkingsverband in de heffing van vennootschapsbelasting worden betrokken, terwijl de betreffende activiteiten niet belast of vrijgesteld zouden zijn wanneer er van samenwerking geen sprake was en elk van de overheden de activiteiten zelf zou hebben uitgevoerd. Om deze reden is voorzien in een samenwerkingsvrijstelling. Vooraf is het relevant een onderneming te onderkennen in het samenwerkingsverband, alsmede ook het feit dat het samenwerkingsverband rechtspersoonlijkheid bezit. Bij een op grond van de Wet gemeenschappelijke regelingen ingesteld samenwerkingsverband waaraan geen rechtspersoonlijkheid is toegekend, wordt het 'eigen' aandeel in het samenwerkingsverband bij de achterliggende participanten afzonderlijk in aanmerking genomen.

Samenwerkingsverband

In het bijzonder bij privaatrechtelijke overheidslichamen in de vorm van een BV of NV gaat de samenwerkingsvrijstelling naar verwachting een belangrijke rol spelen. Aan toepassing van de samenwerkingsvrijstelling worden eisen gesteld. Het gaat het kader van deze handreiking te buiten deze hier te behandelen. Wel moet een samenwerking reëel zijn. Er mag geen sprake zijn van een (verkapte) dienst of overeenkomst van opdracht. Ook een mogelijke samenloop tussen deze vrijstelling en de overheidstakenvrijstelling vraagt de aandacht.

3. *Vrijstelling voor interne activiteiten van directe overheidsondernemingen (inbesteding)*

Als een onderdeel van een waterschap uitsluitend interne activiteiten voor (een ander onderdeel van) hetzelfde waterschap verricht, is er fiscaal geen sprake van een onderneming, aangezien niet wordt deelgenomen aan het economische verkeer. Ingeval het betreffende onderdeel naast de interne activiteiten, met dezelfde personen en activa, ook activiteiten verricht ten behoeve van derden, wordt wel deelgenomen aan het economische verkeer. Het is dan denkbaar dat belastingplicht voor het geheel van de activiteiten ontstaat, ook voor de louter interne activiteiten. Dat is ongewenst, juist in situaties dat een waterschap bepaalde activiteiten primair ten behoeve van zichzelf uitoefent. Om die reden wordt een vrijstelling geïntroduceerd voor interne activiteiten, zodat het daarmee behaalde fiscale resultaat niet in de belastingheffing kan worden betrokken. Deze vrijstelling voor interne diensten wordt ook van toepassing verklaard op activiteiten verricht door een onderneming van het waterschap aan een privaatrechtelijk overheidslichaam (zoals een 100% deelneming in een BV) dat volledig in handen is van datzelfde waterschap. Zet de betreffende dienst van het waterschap

Interne activiteiten

daarentegen één stap buiten de deur met werkzaamheden voor een andere afnemer dan de 100% gecontroleerde dochtermaatschappij, dan geldt deze vrijstelling niet. Mogelijk geldt in die situatie wel de hiervoor onder 2) genoemde vrijstelling voor samenwerkingsverbanden.

4. Vrijstelling voor quasi-inbesteding, louter voor indirecte overheidsondernemingen

Fiscale neutraliteit

Deze vrijstelling houdt verband met de zogenoemde quasi-inbesteding. Van quasi-inbesteding is sprake als een publiekrechtelijke rechtspersoon een activiteit niet aan de markt uitbesteedt, maar in wezen nog steeds zelf uitvoert, zij het in een afzonderlijk privaatrechtelijk lichaam. Ook met deze vrijstelling wordt fiscale neutraliteit nagestreefd. Het maakt hiermee niet uit of een (veelal) ondersteunende activiteit ten behoeve van een waterschap intern wordt gehouden (inbesteding) of - om wat voor reden dan ook - wordt ondergebracht in een volledig door dat waterschap middellijk of onmiddellijk beheerst privaatrechtelijk overheidslichaam (quasi-inbesteding). Deze vrijstelling is ook van toepassing als de privaatrechtelijke rechtspersoon niet alleen activiteiten verricht ten behoeve van het waterschap dat hem volledig beheerst, maar ook ten behoeve van een andere privaatrechtelijke rechtspersoon van datzelfde waterschap (dienstverlening aan een zustervenootschap bijvoorbeeld). Zelfs als die zustervenootschap regulier vennootschapsbelastingplichtig is, kan de vrijstelling van toepassing zijn.

7.8.1 Schematische weergave

Voor een stroomschema met een weergave van de aanwezigheid van een onderneming, vrijstellingen en belastingplicht op grond van het op Prinsjesdag 2014 ingediende wetsvoorstel 'Modernisering VPB-plicht overheidsondernemingen', wordt verwezen naar bijlage 2.

7.9 HANDREIKING VENNOOTSCHAPSBELASTING IN RELATIE TOT ENERGIE EN GRONDSTOFFEN

Wanneer een waterschap zich gaat bezighouden met het produceren van gas, elektriciteit of warmte en deze energie gaat leveren aan derden, dan zal het rekening moeten houden met de mogelijke heffing van vennootschapsbelasting. Bij het berekenen van het rendement van een businessplan kan dit betekenen dat rendement 'weglekt' naar de Belastingdienst.

7.10 UITDAGINGEN EN MOGELIJKE OPLOSSINGEN

Waterschappen die ondernemend zijn en bijvoorbeeld energie opwekken en leveren, zijn veelal (gedeeltelijk) aan te merken als vennootschapsbelastingplichtig. Dat is zo op grond van de huidige fiscale wetgeving en dat zal naar verwachting ook zo blijven met de aange-

kondigde wetswijzigingen. Een belangrijke wijziging treedt op in de mogelijke vrijstelling(en) die het waterschap kan invoeren. Ook krijgen de overheidsondernemingen die door waterschappen worden geëxploiteerd de komende jaren naar verwachting extra aandacht vanuit de Belastingdienst. Dit betekent dat de fiscale positie van waterschappen in de belangstelling komt, ook voor het verleden. Niet enkel op het gebied van de vennootschapsbelasting, maar veelal ook voor de overige belastingmiddelen.

Overheidsondernemingen

7.11 RISICOANALYSE

Het voornaamste risico op het gebied van de vennootschapsbelasting is dat het bestaan van belastingplicht niet tijdig wordt onderkend. Afhankelijk van het exploitatieresultaat van de onderneming(en) van een waterschap, vormt de daaruit voortkomende materiële heffing een last voor het waterschap. In ieder geval bestaat in dat geval ook in formele zin het risico dat de Belastingdienst overgaat tot het opleggen van verzuim- of soms zelfs vergrijpboetes. Afhankelijk van de mate van verwijtbaar handelen, ontstaan zo extra kosten voor het waterschap.

7.12 CHECKLIST

Belastingplicht

- Drijft het waterschap momenteel een nijverheidsbedrijf en bestaat belastingplicht?
- Wat is de omvang van de belastingplichtige onderneming binnen het waterschap?
- Welke impact heeft de wijziging van de vennootschapsbelastingwetgeving per 2016 voor het waterschap of de ondernemingen waarin het (indirect) deelneemt?

Winst en belastingdruk

- Wordt er (op termijn) fiscale winst verwacht?
- Hoe zorgt het waterschap ervoor dat (aanloop)verliezen ook fiscaal worden vastgesteld en voor verrekening met toekomstige winsten in aanmerking komen?
- Is de effectieve belastingdruk te verminderen door gebruik van fiscale faciliteiten?

7.13 ENERGIEBELASTING

Samenvatting energielasting

Bij het leveren van elektriciteit of gas kan een waterschap verplicht worden energielasting in rekening te brengen aan zijn afnemers. Vanwege het degressieve karakter van het daarbij te hanteren tarief, komt er een groter belang toe aan deze heffing en de daarmee gepaard gaande administratieve verplichtingen naarmate er wordt geleverd aan een groter aantal (kleine) verbruikers. De strategische wijziging van louter eigen gebruik van gewonnen (zuiver) biogas en de elektriciteit daaruit naar de levering daarvan aan derden, leidt veelal tot een wijziging in de belastingplicht voor de energielasting.

7.14 BESCHRIJVING VAN HET FISCALE LANDSCHAP

7.14.1 Wet- en regelgeving

De energielasting maakt formeel deel uit van de Wet belastingen op milieugrondslag (Wbm). Het primaire doel van de heffing van deze rijksbelasting is het verkrijgen van algemene middelen, maar een voorname secundaire overweging is om met deze verbruiksbelasting op milieugrondslag milieueffecten te realiseren.

Verbruiksbelasting

Met de heffing van energielasting wordt in de eerste plaats beoogd een financiële prikkel te geven tot energiebesparing en de beperking van CO₂-uitstoot. In de tweede plaats past de heffing van energielasting, evenals de belasting op milieugrondslag op brandstoffen, afvalstoffen en grondwateronttrekking, in een beleid om te komen tot een verschuiving van belastingdruk in inkomen uit arbeid naar belastingdruk op milieubezwarende activiteiten. De regelgeving is zeer technisch en gedetailleerd van aard en kent veel variabelen die van invloed zijn op de verschuldigde belasting.

Energiebelasting wordt geheven van aardgas, overige gassen (hoogovengas, cokesovengas, kolengas, raffinaderijgas, KV-gas, etc.) en elektriciteit. Met betrekking tot energie uit duurzame energiebronnen (hernieuwbare energiebronnen) is voorzien in een bijzondere regeling, omdat deze energievormen uit milieuoogpunt zo veel mogelijk bevorderd moeten worden.

Zogeheten hernieuwbare energiebronnen zijn windenergie, zonne-energie, aardwarmte, golfenergie, getijdenenergie, waterkracht, biomassa, alsmede stortgas, rioolwaterzuiveringsgas en biogas.¹⁰¹⁾ De gassen komen tot stand door bijvoorbeeld vergassing, (co-)vergisting of pyrolyse van de biologisch afbreekbare fracties zoals genoemd in de

¹⁰¹⁾ De begrippen stortgas, rioolwaterzuiveringsgas en biogas zijn geïntroduceerd ter vervanging van de oude term 'aardgas afkomstig uit de omzetting van biomassa', ook genoemd 'overige gassen'.

definitie van biomassa. In het kader van de heffing van energiebelasting worden deze gassen als aardgas aangemerkt. Biogas is de verzamelnaam voor alle gassen die door pyrolyse, vergassing, vergisting en dergelijke van biomassa tot stand komen. Biogas kan evenals biomassa zuiver en niet-zuiver zijn. Zuivere biomassa is ontgonnen uit geheel biologisch afbreekbare stoffen. In een uitvoeringsregeling worden regels gesteld voor het begrip zuivere biomassa: bij zuivere biomassa mag de onvermijdbare verontreiniging van materiaal met kunststoffen en andere materialen van langcyclische organische oorsprong niet meer zijn dan 3 massaprocent.

7.14.2 Belastingplichtige in de energiebelasting

Met betrekking tot aardgas en elektriciteit wordt energiebelasting in beginsel geheven van degene die de levering via het distributienet aan de verbruiker verricht (de energiedistributiebedrijven). De heffing van energiebelasting op andere brandstoffen dan aardgas (gasolie, halfzware olie en lpg) vindt plaats via het systeem van de heffing van accijnzen.

Energiebelasting wordt door de winner/producent geheven van de verbruiker van het aardgas of elektriciteit. Daarnaast kan energiebelasting verschuldigd worden door de winner/producent door levering via een beurs. Tot slot kan belastingplicht ook ontstaan door eigen verbruik van aardgas of elektriciteit door (een) (rechts)perso(o)n(en) die via een aansluiting aardgas of elektriciteit aan de verbruiker levert. Levert de producent van elektriciteit of aardgas aan een energiedistributiebedrijf, dan ontstaat daarmee geen belastingplicht. De belastingplichtige is gehouden periodiek (maandelijks) een aangifte energiebelasting

Eigen verbruik



te verzorgen en de verschuldigde heffing op aangifte af te dragen. Het heffingsproces van deze aangiftebelasting is daarmee te vergelijken met de omzetbelasting.

7.14.3 Belastbaar feit

Energiebelasting wordt onder meer geheven over de levering van elektriciteit of aardgas via een aansluiting aan de verbruiker. Indien een levering plaatsvindt via een aansluiting aan iemand die op zijn beurt via een aansluiting aan een verbruiker levert, wordt over de eerstgenoemde levering onder voorwaarden geen energiebelasting geheven.

Verbruiker is belastingplichtig

Naast levering aan een verbruiker, kan ook eigen verbruik van de winner/producent leiden tot een levering van aardgas of elektriciteit. De verbruiker is in dat geval belastingplichtig. Tot slot zijn ook verbruikers die aardgas of elektriciteit hebben gekocht via een beurs belastingplichtig.

De belasting wordt verschuldigd:

- in gevallen waarin een voorschotnota wordt uitgereikt of, indien geen voorschotnota wordt uitgereikt, een voorschotnota wordt ontvangen:
 - op het tijdstip waarop een voorschotnota wordt uitgereikt onderscheidenlijk een voorschotbedrag wordt ontvangen
 - op het tijdstip van de uitreiking van de eindfactuur over een verbruiksperiode
- in gevallen waarin geen voorschotnota wordt uitgereikt of voorschotnota wordt ontvangen, maar wel een factuur wordt uitgereikt: op het tijdstip van de uitreiking van de factuur
- in alle overige gevallen: op het tijdstip waarop de levering plaatsvindt.

Praktisch is het tijdstip waarop energiebelasting verschuldigd wordt daarmee zoveel mogelijk aansluitend bij het tijdstip waarop omzetbelasting verschuldigd wordt.

7.14.4 Heffingsgrondslag

Koolstofgehalte en energie-inhoud

De heffingsgrondslag van de energiebelasting is gerelateerd aan het koolstofgehalte en aan de energie-inhoud. Het hanteren van een dergelijke grondslag leidt voor de verschillende te belasten objecten tot tarieven, die onderling een relatie hebben. Voor het belastingobject aardgas (inclusief biogas) kan deze grondslag rechtstreeks worden toegepast. Omdat elektriciteit zelf geen koolstofinhoud heeft, is de hoogte van het tarief voor elektriciteit gerelateerd aan de hoogte van de tarieven op de brandstoffen, die worden ingezet voor de opwekking van elektriciteit.

7.14.5 Tarief

De belasting wordt voor aardgas berekend per eenheid brandstof, uitgedrukt in kubieke meter (Nm^3 ¹⁰²⁾) en voor elektriciteit per eenheid energie-inhoud, uitgedrukt in kWh. Afhankelijk van de koolstofinhoud van aardgas (inclusief biogas)¹⁰³⁾ en de bovenste verbrandingswaarde van 35,17 megajoule per Nm^3 , bedraagt het tarief (2014), voor dat gedeelte van de geleverde hoeveelheid per verbruiksperiode van twaalf maanden per aansluiting dat:

- niet hoger is dan 170.000 kubieke meter (Nm^3), in beginsel € 0,1894 per Nm^3
- hoger is dan 170.000 Nm^3 , maar niet hoger dan 1.000.000 Nm^3 , € 0,0446 per Nm^3
- hoger is dan 1.000.000 Nm^3 , maar niet hoger dan 10.000.000 Nm^3 , € 0,0163 per Nm^3
- hoger is dan 10.000.000 Nm^3 , € 0,0117 per Nm^3 .

Voor elektriciteit bedraagt het tarief, voor dat gedeelte van de geleverde hoeveelheid per verbruiksperiode van twaalf maanden per aansluiting dat:

- niet hoger is dan 10.000 kWh, kWh € 0,1185
- hoger is dan 10.000 kWh, maar niet hoger dan 50.000 kWh, € 0,0431 per kWh
- hoger is dan 50.000 kWh, maar niet hoger dan 10.000.000 kWh, € 0,0115 per kWh
- hoger is dan 10.000.000 kWh, € 0,0010 per kWh voor niet-zakelijk verbruik en € 0,0005 per kWh voor zakelijk verbruik.

Is de verbrandingswaarde van aardgas hoger of juist lager dan 35,17 megajoule per Nm^3 , dan worden de genoemde tarieven en hoeveelheden grenzen naar evenredigheid verhoogd of juist verlaagd.

De tariefstructuur voor de energiebelasting is duidelijk degressief van aard. Naar mate meer aardgas of elektriciteit wordt geleverd, daalt het verschuldigde tarief.

7.14.6 Heffingskortingen

De energiebelasting kent ter zake van de levering van elektriciteit en aardgas enkele tegemoetkomingen in de vorm van belastingvermindering en vrijstellingen. De voornaamste is een vermindering (heffingskorting) ter zake van de levering van elektriciteit. Deze vermindering bedraagt (in 2014):

Tegemoetkomingen

102) De hoeveelheid gas die, bij de temperatuur van nul graden Celsius en onder absolute druk van 1,01325 bar, een volume van één kubieke meter inneemt.

103) Voor aardgas dat geleverd wordt aan een zogeheten CNG-vulstation geldt een ander tarief.

- € 318,62 per verbruiksperiode van twaalf maanden per elektriciteitsaansluiting met betrekking tot onroerende zaken die (kortweg) als woning of bedrijfsruimte dienen
- € 119,62 per verbruiksperiode van twaalf maanden per andere elektriciteitsaansluiting dan hiervoor bedoeld, niet zijnde een aansluiting met een bepaalde doorlaatwaarde.

7.14.7 Administratieplicht

Volgens de fiscale wetgever moet de administratie van de belastingplichtige alle gegevens bevatten die voor de heffing van belang zijn, zoals:

- de hoeveelheden aardgas en elektriciteit die zijn geleverd
- de opbouw van voorschotbedragen
- de belasting begrepen in voorschotbedragen
- de belasting begrepen in (eind)facturen
- het aantal aansluitingen voor aardgas en elektriciteit
- de periode van aansluiting
- het eigen gebruik
- de toepassing van de tarieven en vrijstellingen.

7.14.8 Aangiftebelasting

Tijdvak

De energiebelasting moet per tijdvak op aangifte worden voldaan. De belastingplichtige moet de belasting op de aangifte betalen binnen één maand na afloop van het tijdvak. Het tijdvak is de kalendermaand. De aangifte moet dus ook maandelijks plaatsvinden. Slechts in bijzondere gevallen kan de Belastingdienst toestaan dat een ander tijdvak wordt gehanteerd.

7.15 HANDREIKING ENERGIEBELASTING IN RELATIE TOT ENERGIE EN GRONDSTOFFEN

Wanneer een waterschap gas of elektriciteit ‘aan zichzelf gaat leveren’ via een aansluiting aan de gebruiker, ofwel eigen verbruik plaatsvindt, dan zal het rekening moeten houden met de mogelijke heffing van energiebelasting. Energiebelasting is een aangiftebelasting waarvan de heffingslast bij de gebruiker ligt. Voor het rendement van een businessplan van een waterschap zullen de gevolgen veelal beperkt zijn. Wel hangen met het belastingplichtig worden de nodige formaliteiten en processen samen, die uiteraard uitvoeringslasten met zich mee brengen.

7.16 UITDAGINGEN EN MOGELIJKE OPLOSSINGEN

Waterschappen die (zuiver) biogas leveren aan gebruikers of bijvoorbeeld met zelf gewonnen biogas elektriciteit produceren en dit leveren

aan verbruikers, zijn aan te merken als belastingplichtig voor de energiebelasting. Met name als de winning of productie van (zuiver) biogas of de elektriciteit daaruit wijzigt en er niet langer uitsluitend eigen gebruik plaatsvindt, is het zaak om de (administratie en) verplichtingen voor de heffing van energiebelasting tijdig te onderkennen.

Niet uitsluitend eigen gebruik

7.17 RISICOANALYSE

Het voornaamste risico op het gebied van de energiebelasting is dat het bestaan van belastingplicht niet tijdig wordt onderkend. Afhankelijk van een zeer grote hoeveelheid variabelen (zoals verbruikers, eigen gebruik, aansluitingen, tarief, vrijstellingen, zuiverheid van biomassa) moet invulling worden gegeven aan de fiscale verplichtingen.

7.18 CHECKLIST

Belastingplicht

- Wordt er aardgas (zoals biogas) of elektriciteit gewonnen en geleverd aan verbruikers of voor eigen gebruik aangewend?
- Hoe bepaalt het waterschap de verschuldigde energiebelasting?
- Hoe geeft het waterschap invulling aan de administratieve verplichtingen van de energiebelasting?



8. Energierecht

8.1 SAMENVATTING

In dit hoofdstuk is beschreven met welke energiewet- en regelgeving waterschappen rekening moeten houden als zij zelf energie produceren en deze energie hetzij zelf verbruiken, dan wel willen leveren aan derden. Aan de orde komt de wet- en regelgeving ten aanzien van respectievelijk elektriciteit, gas en warmte.

8.1.1 Elektriciteit

In de eerste plaats geldt dat de markt voor productie van elektriciteit vrij is; in beginsel mag een waterschap zelf elektriciteit produceren en zelf weten hoeveel elektriciteit get produceert. Een waterschap mag de zelf geproduceerde elektriciteit ook zelf gebruiken. De opgewekte elektriciteit wordt getransporteerd naar de meterkast waarna de stroom wordt verbruikt. Een waterschap kan de elektriciteit die het produceert maar niet zelf gebruikt terugleveren aan het elektriciteitsnet, waarvoor het waterschap een terugleververgoeding kan krijgen. Het waterschap dient de elektriciteit via een leverancier te verkopen aan een programmaverantwoordelijke (PV-partij). Daartoe moet het waterschap aan het energiebedrijf, alsmede aan de netbeheerder doorgeven dat het wil gaan terugleveren.

Een waterschap kan de opgewekte elektriciteit ook leveren aan derden. Daartoe kan een waterschap met deze derden contracten sluiten. Elke leverancier van elektriciteit moet op grond van de Elektriciteitswet 1998 een programmaverantwoordelijke (PV) hebben. Deze partij is verantwoordelijk voor de inkoop van elektriciteit. Indien een waterschap PV wenst te worden, moet het door TenneT erkend worden en hiertoe met TenneT een overeenkomst sluiten. Het zijn van PV brengt veel administratieve verplichtingen met zich mee. Ten aanzien van levering van elektriciteit aan derden moet onderscheid worden gemaakt in levering aan grootverbruikers en levering aan kleinverbruikers. Als een aansluiting een hogere aansluitwaarde heeft dan 3 x 80 ampère, is er in beginsel sprake van grootverbruik, in alle andere gevallen van kleinverbruik.¹⁰⁴⁾ Waterschappen zijn op grond van artikel 2 lid 1 van de Elektriciteitswet 1998 echter aan te merken als grootverbruikers. Levering van elektriciteit door waterschappen aan grootverbruikers is vrij en mag zonder vergunning (mits het waterschap is erkend als PV of

¹⁰⁴⁾ De aansluitwaarde geeft aan hoeveel energie er maximaal op elk moment kan worden afgenomen. Dit zegt niets over het werkelijke verbruik; een bedrijf met machines die gedurende bij het inschakelen korte tijd een groot piekvermogen hebben, zal een aansluitwaarde hebben die deze piekbelasting minimaal aankan. In dat geval zal het grootste deel van de tijd ver onder deze maximale waarde worden afgenomen. Het kan daarom voorkomen dat aansluitingen zonder hoog totaal verbruik toch als grootverbruik worden aangemerkt.

dit heeft uitbesteed). Voordeel is dat een waterschap als grootverbruiker de inkoop van energie zelf kan regelen en niet verplicht is om energie in te kopen bij leveranciers die beschikken over een vergunning. Als het waterschap elektriciteit wil verkopen aan kleinverbruikers, moet het beschikken over een vergunning, tenzij er sprake is van een uitzonderings situatie zoals opgenomen in de Elektriciteitswet. De vergunning moet worden aangevraagd bij de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM). Het hebben van een vergunning brengt wettelijke (administratieve) verplichtingen met zich mee.

Als een waterschap beschikt over een particulier elektriciteitsnet, kan het om ontheffing vragen van de verplichting tot het aanwijzen van een netbeheerder voor een elektriciteitsnet. Er is sprake van een particulier elektriciteitsnet als er sprake is van een gesloten distributiesysteem dan wel van een directe lijn.

Van geleverde elektriciteit is niet direct vast te stellen of de bron van deze elektriciteit al dan niet duurzaam is. Door middel van certificering (garanties van oorsprong) is er een aparte, goed gecontroleerde markt voor groene stroom mogelijk. Ook zijn dergelijke certificaten veelal vereist om in aanmerking te komen voor subsidie. In Nederland worden de certificaten uitgegeven door CertiQ, onderdeel van het netwerkbedrijf TenneT. Deze certificaten zijn verhandelbaar binnen Europa.

8.1.2 Gas

De markt van de productie van biogas en de opwerking en invoeding van groen gas is liberaal. Dit betekent dat waterschappen de vrijheid hebben te bepalen of ze gas willen produceren, waar ze dit willen produceren en aan/van welke partijen ze dit willen (ver)kopen. Wel moet het waterschap rekening houden met de regelgeving ten aanzien van het produceren van biogas. Het waterschap kan het opgewekte (onbewerkte) biogas zelf gebruiken of verkopen aan derden. Ook kan het biogas worden opgewerkt tot groen gas. Opwerking tot groen gas is vereist als het gas wordt ingevoerd in een aardgasnetwerk. Om groen gas te kunnen invoeden op het aardgasnet heeft een waterschap een aansluiting op het net nodig. Als een waterschap groen gas wil invoeden in het net van een regionale of de landelijke netbeheerder, moet het voldoen aan de eisen ten aanzien van de gaskwaliteit. Daarnaast moet het waterschap voldoen aan de door de ACM vastgestelde technische codes.

Een waterschap mag zonder vergunning gas leveren aan grootverbruikers. Waterschappen worden aangemerkt als grootverbruiker indien zij over een aansluiting beschikken met een capaciteit van meer dan 40 m³ per uur. Indien een waterschap gas wil leveren aan kleinverbruikers, is op grond van de Gaswet¹⁰⁵⁾ een vergunning vereist. Een

¹⁰⁵⁾ Artikel 43 Gaswet.

vergunning is niet vereist indien er sprake is van een levering ‘anders dan bedrijfsmatig’ of in het kader van een samenwerkingsverband van kleinverbruikers.

Het door een waterschap geproduceerde groen gas kan ook worden ingezet voor transport (bijvoorbeeld levering aan tankstation voor (eigen) vrachtwagens). Wanneer het waterschap het biogas of groen gas wil inzetten voor transportdoeleinden en het voor de bedrijven die het gas kopen, meetelt met de bijmengverplichting voor biotransportbrandstoffen, is duurzaamheidscertificatie van biogas en groen gas wettelijk verplicht.

Er bestaat daarnaast een ontheffingsmogelijkheid voor particuliere gasnetten die inhoudelijk vergelijkbaar is met die van particuliere elektriciteitsnetten.

8.1.3 Warmte

De markt voor productie van warmte is vrij. Een waterschap mag zelf warmte produceren en deze zelf gebruiken. De Warmtewet is van toepassing indien er warmte wordt geleverd aan kleinverbruikers in de zin van de Warmtewet, te weten verbruikers met een warmteaansluiting tot 100 kW. Indien een waterschap warmte wil leveren aan kleinverbruikers, moet het een vergunning aanvragen bij de minister van Economische Zaken. Een vergunning is niet vereist in geval van kleinschalige levering van warmte, zoals bepaald in de Warmtewet. Het waterschap kan werkzaamheden die verband houden met de levering van warmte aan kleinverbruikers, zoals het onderhoud van het warmtenet en facturering aan afnemers, uitbesteden aan een derde.

De Warmtewet regelt niet de levering van warmte aan grootverbruikers. Concreet betekent dit dat wanneer een waterschap warmte zou willen leveren aan een grootverbruiker, deze geen vergunning nodig heeft en in beginsel vrij is om een prijs te bepalen en voorwaarden te stellen aan de levering van warmte.

Indien een waterschap warmte levert op grond van de Warmtewet maar daarvoor geen vergunning nodig heeft, gelden voor het waterschap ook in de Warmtewet opgenomen (administratieve) verplichtingen als leverancier van de warmte. Het waterschap moet een overeenkomst sluiten met alle afzonderlijke afnemers voor het leveren van warmte en/of koude.

De Warmtewet is niet volledig van toepassing op alle vormen van warmtelevering. Het is op voorhand niet duidelijk of de levering van effluentwarmte via warmte-uitwisselingscircuits valt onder de definitie ‘warmte’ zoals bedoeld in de Warmtewet. Omdat het begrip levering van warmte als aparte definitie is opgenomen, lijkt het indirect warmte

leveren door een waterschap aan een warmte/uitwisselingscircuit niet te vallen onder de definitie van warmte. Indien dit *niet* het geval zou zijn, zou de levering van effluentwarmte door de waterschappen zonder vergunning kunnen plaatsvinden.

8.2 INLEIDING WET- EN REGELGEVING ENERGIE

Waterschappen kennen verschillende redenen om energie te produceren. In de eerste plaats is energie een ‘restproduct’ van de primaire processen. In de tweede plaats is de ligging van grond, dijken en andere kunstwerken van waterschappen vaak zeer geschikt voor het plaatsen van alternatieve energiebronnen, zoals windmolens en zonnecellen.

Doordat het produceren van energie steeds rendabeler wordt, kunnen steeds meer waterschappen dit gebruiken om het eigen energieverbruik te reduceren. Doordat het gaat om duurzame energie, wordt dit gebruikt om de ‘voetafdruk’ van de waterschappen te verkleinen.

Deze paragraaf beschrijft achtereenvolgens de wet- en regelgeving op het gebied van productie, gebruik en levering door waterschappen van elektriciteit, gas en warmte.

8.3 ELEKTRICITEIT(SWETGEVING): BESCHRIJVING VAN HET JURIDISCHE LANDSCHAP

8.3.1 Wet- en regelgeving

Op de elektriciteitsmarkt in Nederland zijn verschillende spelers actief. Dit zijn de producenten van elektriciteit, leveranciers van elektriciteit, (groot)handelaren in elektriciteit, de netbeheerders en de meetbedrijven. De netbeheerder is als nutsbedrijf wettelijk verantwoordelijk voor het fysieke transport van elektriciteit.

Beheerders

Bij de netbeheerders moet onderscheid worden gemaakt tussen de beheerder van het landelijk hoogspanningsnet (TenneT) en de regionale netbeheerders.

Onder meer de volgende wet- en regelgeving¹⁰⁶⁾ is van toepassing in relatie tot de productie en levering van elektriciteit:

- Elektriciteitswet 1998.¹⁰⁷⁾
- Besluit vergunning levering elektriciteit aan kleinverbruikers.
- Regeling garanties van oorsprong voor duurzame elektriciteit (art. 77c Elektriciteitswet).

¹⁰⁶⁾ Waaronder ook beleidsregels, codes, richtlijnen, etc. worden begrepen.

¹⁰⁷⁾ In november 2011 is een herziening van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet aangekondigd. Zie Kamerstukken II 2010/11, 31 510, nr. 47. Het concept wetsvoorstel is onderdeel van de wetgevingsagenda STROOM. Er vindt een internetconsultatie plaats over het wetsvoorstel.

Van bovengenoemde wet- en regelgeving is de Elektriciteitswet 1998 de belangrijkste. Deze wet en de daarop gebaseerde regelgeving waren oorspronkelijk bedoeld om het gemonopoliseerde elektriciteitsnetwerk toegankelijker te maken voor producenten, handelaren en leveranciers van elektriciteit. Iedereen is nu vrij om zijn eigen leverancier te kiezen. De netten zijn in handen van de netbeheerders en de stroom wordt geleverd door elektriciteitsleveranciers. In de Elektriciteitswet 1998 zijn - voor zover van belang - de volgende onderwerpen geregeld:

- Taken en verplichting van de netbeheerder.
- Garanties van oorsprong voor duurzame elektriciteit.
- Vergunningen voor de levering van elektriciteit aan kleinverbruikers.

8.4 JURISPRUDENTIE

Hieronder zijn enkele relevante uitspraken opgenomen.

1. College van Beroep voor het bedrijfsleven, 28 november 2013, ECLI:NL:CBB:2013:264 - aansluitplicht netbeheerder

In deze procedure staat de aansluitplicht van Delta als netbeheerder centraal. Twee windparken hebben een aanvraag gedaan voor een aansluiting, alsmede voor het transport van te produceren elektriciteit. Delta heeft een offerte uitgebracht voor de aansluiting, maar niet voor het transport van elektriciteit, met als redengeving dat de transportcapaciteit van het net ter plaatse onvoldoende voor het aangevraagde vermogen. Nadien heeft Delta ook nog om zekerheid gevraagd over de vraag of de windturbines er daadwerkelijk komen. Uit de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBB) volgt - voor zover van belang - dat Delta haar aansluitplicht heeft geschonden door zekerheid over de daadwerkelijke plaatsing van de windturbines te verlangen, voordat zij ten behoeve van de aansluiting met de investeringen in het net doorgaat, alsmede dat het niet zonder meer zo is dat aanbieden van een aansluiting zonder beschikbare transportcapaciteit onvoldoende is om aan de aansluitplicht te voldoen. Het CBB stelt vast dat hier geen sprake is van een afzonderlijke schending van de Elektriciteitswet, maar dat dit een element is dat door de rechter kan worden meegenomen bij de bepaling van de hoogte van de schade die de aanvrager heeft geleden.

Deze uitspraak is van belang voor het geval een waterschap een aansluiting wenst aan te vragen bij een netbeheerder voor transport van door het waterschap opgewekte elektriciteit. De uitspraak geeft aan wat de reikwijdte is van de wettelijke verplichting van de netbeheerder om elke partij die om een aansluiting verzoekt aan te sluiten op zijn netten en vervolgens naar die partij elektriciteit te transporteren.

2. Gerechtshof Amsterdam, 7 mei 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ9566 - transporttarief en elektriciteitsproductie en -invoeding

Tata Steel neemt elektriciteit af van Nuon en levert daarnaast productiegassen terug aan het net. Zij maakt bezwaar tegen het door de netbeheerder in rekening gebrachte tarief, mede omdat zij naast afnemer tevens terugleverancier is van energie. Het gerechtshof verwierpt het betoog van Tata Steel dat de verknochtheid tussen haar elektriciteitsverbruik, de toelevering van productiegassen aan Nuon en de elektriciteitsproductie en -invoeding door Nuon met gebruikmaking van deze gassen een reden is waarom aan Tata Steel een lagere vergoeding in rekening dient te worden gebracht. Volgens het hof levert deze verknochtheid niet een situatie op die zich zodanig onderscheidt van de situatie van andere afnemers bij wie er een samenhang bestaat tussen productie en verbruik, dat Tata Steel op grond hiervan een afwijkend tarief in rekening zou moeten worden gebracht. Daar komt bij, zo overweegt het hof, dat TenneT gemotiveerd heeft betwist dat sprake is van verknochtheid en tevens dat de invoeding en afname van elektriciteit (geheel) synchroon verloopt.

Transporttarieven

Deze uitspraak is van belang voor het geval een waterschap zowel energieafnemer als -leverancier is. De uitspraak gaat over de hoogte van de transporttarieven die in dat geval door de netbeheerder bij het waterschap in rekening kunnen worden gebracht.

3. College van Beroep voor het bedrijfsleven, 6 februari 2013, LJN BZ4348, AWB 11/457 - in rekening brengen kosten transformator

Euromax Terminal C.V. (hierna: Euromax) heeft Stedin gevraagd om een aansluiting op het net ten behoeve van een containerterminal op de Maasvlakte. Stedin heeft een offerte uitgebracht en heeft hierbij vermeld dat op het dichterbij gelegen verdeelstation Maasvlakte niet voldoende capaciteit beschikbaar is. Stedin heeft vervolgens een projectstudie uitgevoerd en een offerte uitgebracht voor een aansluiting. Euromax heeft opdracht gegeven voor het realiseren hiervan. Partijen hebben hierbij een aanvullende afspraak gemaakt, omdat Euromax het niet eens was met het feit dat een deel van de kosten voor de capaciteitsuitbreiding in het verdeelstation Maasvlakte zou worden doorberekend, namelijk 40% van de kosten voor een transformator. Het CBB heeft hierover geoordeeld dat de transformator waarvoor Stedin kosten in rekening heeft gebracht bij Euromax, is geplaatst in het net van Stedin en niet in de aansluiting van Euromax. Aanpassingen in het net die verband houden met het maken van een aansluiting komen op grond van art. 27, tweede lid, aanhef en onder e, van de Elektriciteitswet voor rekening van de netbeheerder die het betreffende net beheert. Concreet betekent dit

dat Stedin de kosten van het plaatsen van een transformator in het net niet bij Euromax in rekening kan brengen.

Deze uitspraak is van belang voor het geval een waterschap een aansluiting wenst aan te vragen bij een netbeheerder voor transport van door het waterschap opgewekte elektriciteit. Uit de uitspraak blijkt dat in dat geval kosten ter zake aanpassing aan het net van de netbeheerder zelf niet kunnen worden doorberekend aan het waterschap.

4. Citiworks-arrest - Hof van Justitie 22 mei 2008, zaak C439/06 - particulier energienet

Het Citiworks-arrest zag op de vraag of Citiworks AG gerechtigd was elektriciteit te leveren aan partijen die zijn aangesloten op het elektriciteitsnet op het vliegveld Leipzig/Halle. Het hof oordeelde dat ook een particulier net moet worden beschouwd als een distributienet in de zin van de richtlijnen en dat eisen uit de richtlijnen ook gelden voor deze netten, waaronder de verplichting om derden gelijke toegang tot het net te verlenen. Het hof overwoog dat een beperking op het beginsel van derdentoegang in de richtlijn slechts in nauwkeurig omschreven situaties wordt toegestaan. De richtlijn voorziet slechts in één algemene uitzondering op de verplichting van toegang van derden, namelijk indien de netbeheerder niet over voldoende capaciteit beschikt.

Als gevolg van het Citiworks-arrest is de behandeling van de Nederlandse ontheffingsaanvragen voor particuliere netten aangehouden totdat er meer duidelijkheid zou zijn over de interpretatie van dit arrest. Vervolgens heeft men geconcludeerd dat de ontheffingsregeling als bedoeld in artikel 15 van de Elektriciteitswet 1998 en artikel 2a van de Gaswet kan worden voortgezet, met dien verstande dat eigenaren van een particulier elektriciteits- of gastransportnet afnemers de mogelijkheid moeten geven zelf hun energieleverancier te kiezen. Voortaan werd aan de toewijzing van de ontheffing de voorwaarde verbonden dat de houder van de ontheffing een systeem van derdentoegang waarborgt. Dit betekent dat hij de daadwerkelijke toegang tot zijn net en een vrije leverancierskeuze van zijn afnemers moet garanderen, alsmede de probleemloze afwikkeling van het daartoe noodzakelijke berichtenverkeer. Dit is later ook vastgelegd bij wijziging van de Elektriciteits- en Gaswet.¹⁰⁸⁾

Deze uitspraak en de latere wijziging van de Elektriciteits- en Gaswet is voor het waterschap van belang indien het een ontheffing aanvraagt voor een particulier elektriciteits- of gasnet. Bovenstaande

Ontheffing

¹⁰⁸⁾ Zie ook de Memorie van Toelichting 32 814 nr. 3. Wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en van de Gaswet (implementatie van richtlijnen en verordeningen op het gebied van elektriciteit en gas).

houdt - kort gezegd - in dat het waterschap in dat geval in beginsel ook derden moet toelaten tot dat betreffende particuliere net.

5. College van Beroep voor het bedrijfsleven, 19 december 2013, ECLI:NL:CBB:2013:2940 - intrekking ontheffing particulier elektriciteits- en gasnet

Op het Industriepark Noord te Sittard ligt een gas- en elektriciteitsnet waarvoor aan Nuon de ontheffing is gegeven een (openbare) netbeheerder aan te wijzen omdat het kwalificeert als particulier net. De netten werden behalve door Nuon zelf benut door Rijsvoort, tevens eigenaar van het bedrijventerrein. Nuon wil de netten ontmantelen en heeft de minister verzocht de ontheffing in te trekken, hetgeen ook gebeurde. De minister had echter voorwaarden gesteld tot het bepalen van een overgangstermijn waarbinnen Nuon voor de netten een netbeheerder moet aanwijzen. Rijsvoort maakte hiertegen bezwaar bij het CBB. Het CBB stelt voorop dat de intrekkingbevoegdheid ruimte laat voor een belangenafweging. Vervolgens stelt het CBB vast dat intrekking van de ontheffing meebrengt dat de verplichting om een netbeheerder aan te wijzen herleeft. Het CBB oordeelt dat de aanwijzingsverplichting geldt zolang de netten van Nuon er liggen en dat Nuon die verplichting zou schenden als zij de netten verwijdert in plaats van daarvoor een netbeheerder aan te wijzen. Dat Nuon Rijsvoort voorafgaand aan het verzoek tot intrekking de mogelijkheid heeft geboden de netten over te nemen en ook in de gelegenheid heeft gesteld een aansluiting op het openbare net te verkrijgen, kan in de ogen van het CBB niet afdoen aan de wettelijke plicht van Nuon als eigenaar van de netten om een netbeheerder aan te wijzen. Het CBB concludeert dat de minister - met het oog op de belangen van Rijsvoort bij ongestoorde energievoorziening - niet in redelijkheid heeft kunnen afzien van het verbinden van een overgangstermijn aan de intrekking van de ontheffingen.

Deze uitspraak is van belang indien een waterschap een ontheffing voor een particulier energienet wenst te laten intrekken. In dat geval moet het waterschap er rekening mee houden dat bij ontheffing de verplichting tot het aanwijzen van een onafhankelijk netbeheerder herleeft.

Onafhankelijk netbeheerder

8.5 HANDREIKING PRODUCTIE EN LEVERING ELEKTRICITEIT

8.5.1 Analyse van de mogelijkheden

Bij de analyse van de juridische mogelijkheden voor een waterschap ten aanzien van productie en levering van elektriciteit worden de volgende zaken beschreven:

- De productie van elektriciteit door waterschappen.
- Het gebruik door de waterschappen van zelf geproduceerde elektriciteit.
- De levering van elektriciteit door waterschappen aan grootverbruikers respectievelijk kleinverbruikers.

Productie van elektriciteit door waterschappen

De markt voor productie van elektriciteit is vrij. In beginsel mag een waterschap zelf elektriciteit produceren. Waterschappen kunnen elektriciteit produceren door bijvoorbeeld verbranding van biogas afkomstig van slibvergisting¹⁰⁹⁾ in een gasmotor en daaraan gekoppelde generator (warmte-krachtkoppeling, WKK). Ook is er sprake van elektriciteitsopwekking door het aanwenden van stuwwaterkracht in watergangen. Daarnaast kan een waterschap elektriciteit opwekken door bijvoorbeeld wind, zon, getijdenenergie en waterkracht.

Gebruik van zelf geproduceerde elektriciteit

Een waterschap mag de elektriciteit die het zelf heeft geproduceerd ook zelf gebruiken. De opgewekte stroom wordt gebruikt door het waterschap.

Levering van elektriciteit aan derden

Deze paragraaf beschrijft de mogelijkheden van de levering van elektriciteit door waterschappen. Een waterschap kan de elektriciteit die het produceert maar niet zelf gebruikt terugleveren aan het elektriciteitsnet. Hiervoor kan het waterschap een terugleververgoeding krijgen. Het waterschap dient de elektriciteit te verkopen aan een PV-partij, via een leverancier. Daartoe moet het waterschap aan het energiebedrijf alsmede aan de netbeheerder doorgeven dat het wil gaan terugleveren.

Terugleveren aan het elektriciteitsnet

Voor kleinverbruikers is in artikel 31c Elektriciteitswet 1998¹¹⁰⁾ geregeld dat de energieleverancier voor de teruggeleverde elektriciteit een redelijke vergoeding moet betalen. Bij een waterschap als grootverbruiker van duurzame energie is de prijs die daarvoor wordt betaald de uitkomst van onderhandeling met de energieleverancier. Sommige leveranciers staan alleen teruglevering toe als deze plaatsvindt op een aparte aansluiting.

109) Waaronder ook co-vergisting (vergisting met mest).

110) Artikel 31c Elektriciteitswet luidt:

1. Voor afnemers als bedoeld in artikel 95a, eerste lid, die duurzame elektriciteit invoeden op het net, berekent de leverancier het verbruik ten behoeve van de facturering en inning van de leveringskosten door de aan het net onttrokken elektriciteit te verminderen met de op het net ingevoede elektriciteit, waarbij de vermindering maximaal de hoeveelheid aan het net onttrokken elektriciteit bedraagt.
2. Voor afnemers als bedoeld in artikel 95a, eerste lid, die niet-duurzame elektriciteit invoeden op het net, berekent de leverancier het verbruik ten behoeve van de facturering en inning van de leveringskosten door de aan het net onttrokken elektriciteit te verminderen met de op het net ingevoede elektriciteit, met een maximum van 5000 kWh aan op het net ingevoede elektriciteit, voor zover het saldo van de aan het net onttrokken minus de op het net ingevoede elektriciteit niet minder dan nul bedraagt.
3. Indien de door de afnemer, bedoeld in het eerste en tweede lid, op het net ingevoede hoeveelheid elektriciteit groter is dan de hoeveelheid die ingevolge die leden in mindering wordt gebracht op de aan het net onttrokken elektriciteit, betaalt de leverancier aan de betreffende afnemer voor het meerdere een redelijke vergoeding.

Programmaverantwoordelijkheid

Ten aanzien van de levering van elektriciteit aan derden kan een waterschap met deze partijen contracten sluiten waarin het uitvoeringsafspraken maakt (bijvoorbeeld leveringsinstructies of afroeporders). Deze afspraken leiden ertoe dat transporten via het elektriciteitsnet plaatsvinden. In de praktijk verlopen de daadwerkelijke productie en/of het verbruik niet altijd precies volgens de afspraken, waardoor onbalans tussen de productie en het verbruik van de elektriciteit kan ontstaan. Elektriciteit wordt namelijk niet opgeslagen en vraag en aanbod moeten dus continu in evenwicht zijn. Dit vergt de nodige flexibiliteit van het productievermogen vanwege de fluctuaties van de vraag.

Programmaverantwoordelijkheid

In Nederland bestaat het systeem van programmaverantwoordelijkheid, dat wordt gebruikt om de verschillen tussen transacties en werkelijkheid te verrekenen. Programmaverantwoordelijkheid houdt in dat afnemers en vergunninghouders programma's moeten opstellen voor productie, transport en verbruik van elektriciteit voor de netbeheerders en dat zij zich in overeenstemming met deze programma's moeten gedragen. Elke leverancier van elektriciteit moet op grond van de Elektriciteitswet 1998 een programmaverantwoordelijke (hierna: PV) hebben. De PV staat tussen de netbeheerder en de leverancier. Deze partij is verantwoordelijk voor de inkoop van elektriciteit. Indien een waterschap PV wenst te worden, moet het door TenneT erkend worden en hiertoe met TenneT een overeenkomst sluiten. Het zijn van PV brengt veel administratieve verplichtingen met zich mee.

Er bestaan twee soorten PV's:

- PV's met handelserkenning, die uitsluitend programmaverantwoordelijkheid dragen voor handelstransacties.
- PV's met volledige erkenning, die programmaverantwoordelijkheid dragen voor zowel aangeslotenen als handelstransacties.

Systeemcode

In de Systeemcode¹¹¹⁾ staan de eisen waaraan het waterschap in dat geval moet voldoen om door TenneT erkend te kunnen worden. Het waterschap kan de programmaverantwoordelijkheid ook uitbesteden aan een door TenneT erkende PV, echter niet aan een netbeheerder.¹¹²⁾

Onderscheid groot- en kleinverbruikers

Ten aanzien van levering van elektriciteit aan derden moet onderscheid worden gemaakt in levering aan grootverbruikers en levering aan kleinverbruikers. De wet maakt dit verschil op basis van de capaciteit van de aansluiting. Als een aansluiting een hogere aansluitwaarde heeft dan 3 x 80 ampère, is er in beginsel sprake van grootverbruik, in alle andere

Aansluitwaarde

111) De Systeemcode bevat voorwaarden voor de wijze waarop de beheerder van het landelijk transportnet enerzijds en afnemers en overige netbeheerders anderzijds zich moeten gedragen ten aanzien van de systeemdiensten.

112) Zie ook artikel 31 lid 2 Elektriciteitswet 1998: "In de voorwaarden, bedoeld in het eerste lid, onderdeel c, worden in ieder geval voorwaarden opgenomen met betrekking tot de programmaverantwoordelijkheid, waarbij wordt bepaald dat de programmaverantwoordelijkheid kan worden overgedragen aan een ander, met uitzondering van een netbeheerder".

gevallen van kleinverbruik.¹¹³⁾ Waterschappen zijn op grond van artikel 2 lid 1 van de Elektriciteitswet 1998 aan te merken als grootverbruikers.

Aansluitingen die voldoen aan de voorwaarden genoemd in artikel 1 van de Elektriciteitswet 1998, behandelt de wetgever als grootverbruikaansluitingen, terwijl deze aansluitingen technisch gezien kleinverbruikaansluitingen zijn.¹¹⁴⁾ Op grond van artikel 1 lid 2 Elektriciteitswet 1998 valt hieronder ook de organisatorische eenheid die zich in hoofdzaak bezighoudt met riolering, bemaling, waterzuivering of transport en distributie van water, dus ook een waterschap. Samengevat geldt dit voor (delen van) beheerorganisaties met aansluitingen die dienen voor onder andere waterbewerkingsactiviteiten (besturings-, bewerkings- en bewakingsapparatuur van waterschappen en waterbedrijven), waarbij het totaal ter beschikking gestelde vermogen (technische capaciteit) van al deze aansluitingen groter is dan 2 MVA.¹¹⁵⁾

8.5.2 Levering elektriciteit aan grootverbruikers

Levering van elektriciteit door waterschappen aan grootverbruikers is vrij en mag zonder vergunning (mits het waterschap is erkend als PV of dit heeft uitbesteed). Dit biedt de mogelijkheid voor het waterschap om het surplus aan elektriciteit van één rwzi, zonder tussenkomst van een energieleverancier, via het openbare net te leveren aan andere rwzi's (grootverbruikers van elektriciteit). Voordeel is dat een waterschap als grootverbruiker de inkoop van energie zelf kan regelen en niet verplicht is om energie in te kopen bij leveranciers die beschikken over een vergunning. Het contract voor de levering van elektriciteit is vormvrij.

8.5.3 Rechtstreekse levering elektriciteit aan derden - kleinverbruikers

Op grond van de Elektriciteitswet 1998 heeft het waterschap een vergunning nodig van de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) om aan kleinverbruikers te mogen leveren.¹¹⁶⁾ Doel daarvan is het beschermen van kleinverbruikers en waarborgen dat zij kunnen rekenen op een betrouwbare energievoorziening tegen redelijke prijzen en voorwaarden. De voorwaarden om in aanmerking te komen voor een vergunning zijn kortweg de volgende:

Vergunning

113) De aansluitwaarde geeft aan hoeveel energie er maximaal op elk moment kan worden afgenomen. Dit zegt niets over het werkelijke verbruik; een bedrijf met machines die bij het inschakelen gedurende een korte tijd een groot piekvermogen hebben, zal een aansluitwaarde hebben die deze piekbelasting minimaal aankan. In dat geval zal het grootste deel van de tijd ver onder deze maximale waarde worden afgenomen. Het kan daarom voorkomen dat aansluitingen met een niet al te hoog totaalverbruik toch als grootverbruik worden aangemerkt.

114) Dit is bepaald in de Wijzigingswet 'Verbeterde werking elektriciteits- en gasmarkt'.

115) Zie artikel 1 lid 2 Elektriciteitswet 1998: "Voor de toepassing van het bij of krachtens deze wet bepaalde wordt als afnemer, niet zijnde een afnemer als bedoeld in artikel 95a, eerste lid, beschouwd een organisatorische eenheid die zich in hoofdzaak bezighoudt met het openbaar vervoer per metro, tram of trolley, met mijnbouwkundige activiteiten, met het beheer en de exploitatie van telecommunicatie- en kabelnetwerken, met het beheer van de openbare verlichting of van verkeersregelinstallaties, dan wel met riolering, bemaling, waterzuivering of transport en distributie van water, mits: a) deze eenheid daarbij uitsluitend ingevolge de technische aard van de bedrijfsuitoefening beschikt over verscheidene aansluitingen, b) het totale aan de eenheid voor die bedrijfsuitoefening beschikbaar gestelde vermogen meer bedraagt dan 2 MVA en c) de bedrijfsuitoefening door deze eenheid op fysiek geïntegreerde basis geschiedt."

116) Zie ook Besluit vergunning levering elektriciteit aan kleinverbruikers.

- Leveringsplicht: het waterschap moet elektriciteit leveren aan iedere consument of kleinzakelijke klant die daarom vraagt.
- Betrouwbare levering: de klanten van het waterschap moeten erop kunnen vertrouwen dat ze elektriciteit krijgen.
- Redelijke voorwaarden en tarieven: het waterschap moet redelijke tarieven vragen en redelijke voorwaarden hanteren. ACM controleert dit.
- Goede organisatie: het waterschap moet aantonen dat het de organisatorische, financiële en technische kwaliteiten heeft om zijn taak goed uit te voeren.

Verplichtingen

Als het waterschap eenmaal een vergunning heeft verkregen, gelden voor het waterschap de volgende verplichtingen:

- Een leverplicht.¹¹⁷⁾
- Een informatieplicht.¹¹⁸⁾
- Verplichting tot het doorgeven van wijzigingen in tarieven, leveringsvoorwaarden en kwaliteit.

De wetgever heeft in artikel 95a lid 2 Elektriciteitswet 1998 een aantal uitzonderingen gemaakt op de vergunningplicht. Zo bestaat geen vergunningplicht indien de elektriciteit anders dan bedrijfsmatig wordt geleverd volgens bij ministeriële regeling te stellen regels of wanneer sprake is van een multi site-leveringsovereenkomst: een parapluovereenkomst waarbij de meerderheid van de afnemers geen consument is.

Op grond van artikel 95a lid 2 Elektriciteitswet 1998 kan een waterschap elektriciteit leveren aan kleinverbruikers zonder een vergunning indien (voor zover hier relevant):

- de elektriciteit is opgewekt met een installatie die voor rekening en risico van het waterschap, eventueel tezamen met andere afnemers van de elektriciteit, in werking wordt gehouden en het waterschap de geleverde elektriciteit verbruikt
- het waterschap en de producent van de elektriciteit aan dezelfde rechtspersoon toebehoren en het waterschap de geleverde elektriciteit verbruikt

117) Het waterschap is verplicht om energie te leveren aan klanten die erom vragen. Ook moet het waterschap de transportkosten innen en afdragen aan de netbeheerders.

118) Het waterschap moet ACM informeren over zijn prestaties en gedragingen. Richting klanten van het waterschap houdt de informatieplicht in dat de informatie vergelijkbaar en helder is, het energiecontract moet duidelijk zijn.

- de opgewekte elektriciteit anders dan bedrijfsmatig wordt geleverd.¹¹⁹⁾ Een voorbeeld van niet bedrijfsmatige levering is dat een bedrijf dat een windmolen op zijn perceel heeft en een aantal andere op zijn perceel gevestigde bedrijven via deze windmolen van energie voorziet. De levering van energie is dan van ondergeschikte betekenis en zolang dit bedrijf aan minder dan vijftien bedrijven (kleinverbruikers) niet meer dan 0,25 GWh levert, dan geldt dit als een niet bedrijfsmatige levering
- de elektriciteit wordt geleverd in het kader van een samenwerkingsovereenkomst van afnemers van elektriciteit, waarbij de meerderheid handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf. De aansluitingen mogen een doorlaatwaarde van ten hoogste 3 maal 80 Ampère hebben.

Per situatie moet worden beoordeeld of er sprake is van een van de genoemde uitzonderingen.

8.6 PARTICULIERE ELEKTRICITEITSNETTEN

Economische eigenaren van elektriciteitsnetten moeten op grond van de Elektricitwet 1998 een onafhankelijke netbeheerder aanwijzen. Het doel daarvan is om de vrije en non-discriminatoire toegang tot de netten te verzekeren. De mogelijkheid bestaat ontheffing te verlenen van de verplichting tot het aanwijzen van een netbeheerder voor een elektriciteitsnet, de zogenaamde particuliere netten. Volgens de (Derde) Europese Elektricitrichtlijn zijn naast het openbare net twee bijzondere situaties te onderscheiden: 1) het gesloten distributiesysteem, waarbij een aantal afnemers en producenten is aangesloten op een afzonderlijk net; 2) de directe lijn, een elektriciteitslijn die een producent en een afnemer met elkaar verbindt om hun eigen vestigingen, dochterondernemingen en in aanmerking komende afnemers van elektriciteit te voorzien.

Ontheffing

Dit is neergelegd in artikel 15 Elektricitwet 1998. De Autoriteit Consument en Markt kan ontheffing verlenen aan een eigenaar van een gesloten distributiesysteem, indien¹²⁰⁾:

- het bedrijfs- of productieproces van de gebruikers van een gesloten distributiesysteem wegens specifieke technische of veiligheidsredenen geïntegreerd is

119) Zie artikel 2 van de Regeling niet bedrijfsmatige levering aan kleinverbruikers Elektricitwet 1998. Elektricit wordt door een waterschap anders dan bedrijfsmatig geleverd indien:

- het waterschap niet het recht van gebruik heeft van een net, dan wel het waterschap is vrijgesteld of ontheven van de plicht een netbeheerder aan te wijzen
- de levering van elektricit voor de bedrijfsvoering van het waterschap van ondergeschikte betekenis is, dan wel de levering van elektricit een onlosmakelijk onderdeel vormt van de handelingen, anders dan het leveren van elektricit, die het waterschap verricht
- het waterschap reeds op 29 juli 1998 elektricit leverde aan beschermde afnemers, dan wel het waterschap aan niet meer dan vijftien kleinverbruikers in totaal niet meer dan 0,25 GWh per jaar levert.

120) Deze mogelijkheid is sinds 1 augustus 1998 in artikel 15 Elektricitwet 1998 opgenomen.

- het gesloten distributiesysteem primair elektriciteit transporteert voor de eigenaar van dat systeem of de daarmee verwante bedrijven
- de aanvrager geen netbeheerder is en niet in een groepsmaatschappij met een netbeheerder verbonden is.

Gesloten distributiesysteem Hieronder is kort toegelicht wat wordt bedoeld met een gesloten distributiesysteem respectievelijk een directe lijn.

Gesloten distributiesysteem

Een gesloten distributiesysteem is een net dat niet tot het landelijk hoogspanningsnet behoort. Het moet liggen binnen een geografisch afgebakende industriële locatie, commerciële locatie of locatie met gedeelde diensten, waarop minder dan 500 afnemers zijn aangesloten. Dat systeem mag voorts alleen niet-huishoudelijke afnemers van elektriciteit voorzien, tenzij er sprake is van incidenteel gebruik door een klein aantal huishoudelijke afnemers dat werkzaam is bij of vergelijkbare betrekkingen heeft met de eigenaar van het gesloten distributiesysteem.¹²¹⁾ Te denken valt aan ziekenhuis- en universiteitsterreinen, havengebieden, luchthavens, winkelcentra, kantorencomplexen en dergelijke.¹²²⁾

Daarbij moet ofwel de exploitatie of het productieproces om technische of veiligheidsredenen zijn geïntegreerd ofwel moet dit systeem primair elektriciteit (of gas) distribueren aan de eigenaar of beheerder van het systeem of daarmee verwante bedrijven. Het doel van de onthefingsmogelijkheid is de administratieve lasten voor beheerders van een gesloten distributiesysteem te beperken. Dit betekent echter niet dat een gesloten distributiesysteem buiten de algemene regels in de richtlijn voor distributiesystemen valt. Deze regels blijven van toepassing, zodat er bijvoorbeeld ook een eis van derdentoegang geldt: de aansluitplicht. De aansluitplicht geldt niet onverkort. Indien iemand buiten het gebied van een gesloten distributiesysteem een aansluiting vraagt op het gesloten distributiesysteem, geldt geen aansluitplicht. Dit is evenmin het geval indien een aansluiting niet past bij de aard van het gesloten distributiesysteem. Daarnaast geldt dat de eigenaar van een gesloten distributiesysteem beheerder is van dit distributiesysteem. De eigenaar van een gesloten distributiesysteem kan dit beheer zelf ter hand nemen of uitbesteden. In geval van uitbesteding is en blijft de beheerder zelf verantwoordelijk en aanspreekbaar.

Directe lijn of leiding

Net of directe lijn Een directe lijn of leiding is een elektriciteitslijn of een gasleiding die een geïsoleerde producent met een geïsoleerde verbruiker verbindt.¹²³⁾

¹²¹⁾ Zie ook de definitie van gesloten distributiesysteem in artikel 1 Elektriciteitswet 1998.

¹²²⁾ Zie ook de Memorie van Toelichting 32 814 nr. 3. Wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en van de Gaswet (implementatie van richtlijnen en verordeningen op het gebied van elektriciteit en gas).

¹²³⁾ Zie ook de definitie van directe lijn in artikel 1 Elektriciteitswet 1998.



Indien er sprake is van een directe lijn of leiding, is er geen sprake van een net. Voor een directe lijn of leiding gelden dan ook geen voorschriften zoals die wel voor netten gelden. Zo hoeft in het geval van een directe lijn of leiding geen

netbeheerder te worden aangewezen en hoeft geen derdentoegang te worden verleend.¹²⁴⁾

Het aanvragen van een ontheffing voor een particulier net biedt waterschappen de mogelijkheid om aan verschillende rwzi's binnen hun verzorgingsgebied energie te leveren (zelfvoorziening) en tevens aan derden. In dat geval dient het waterschap wel een elektriciteitsnet te laten aanleggen, voor zover dit niet aanwezig is.

Ontheffingen betreffen vaak technisch complexe verzoeken, waarvan de beoordeling de benodigde tijd vraagt. Om deze reden is een beslistermijn van zes maanden opgenomen, die eenmaal kan worden verlengd. Om tijdig duidelijkheid te krijgen over de vraag of er in een specifieke situatie sprake zal zijn van een gesloten distributiesysteem dat in aanmerking komt voor een ontheffing, kan het raadzaam zijn met de ACM contact op te nemen over een voornemen een net aan te leggen waarvoor ontheffing voor een gesloten distributiesysteem wenselijk is. Aan de ontheffing kunnen voorschriften worden verbonden, die op de specifieke situatie toegesneden zijn.

Garanties van oorsprong

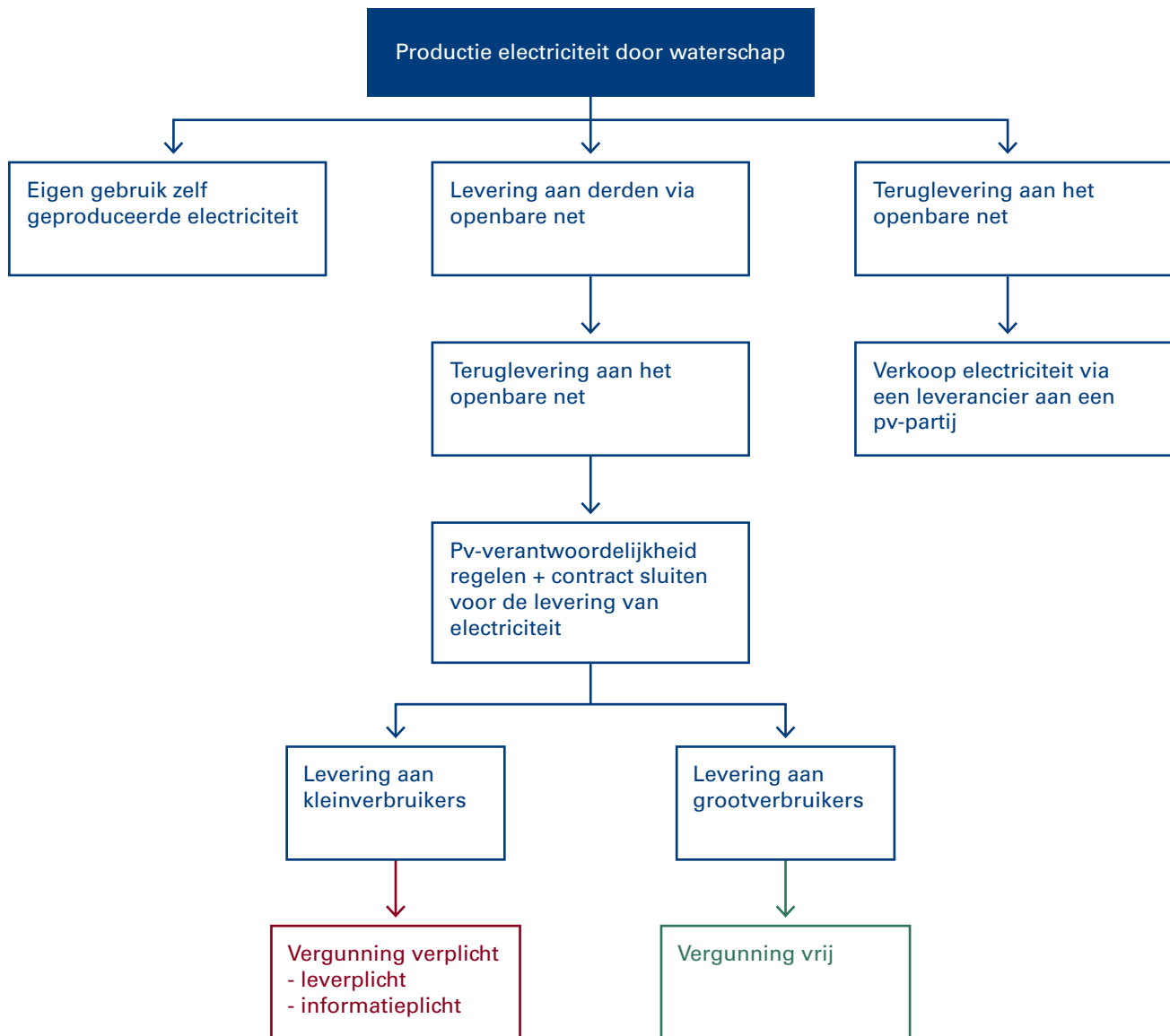
Van geleverde elektriciteit is niet direct vast te stellen of de bron van deze elektriciteit al dan niet duurzaam is. Door middel van certificering (garanties van oorsprong) is er een aparte, goed gecontroleerde markt voor groene stroom mogelijk. Ook zijn dergelijke certificaten veelal vereist om in aanmerking te komen voor subsidie. In Nederland worden de certificaten uitgegeven door CertiQ, onderdeel van het netwerkbedrijf Tennet. Deze certificaten zijn verhandelbaar binnen Europa.

Certificaten

¹²⁴⁾ Zie ook de Memorie van Toelichting 32 814 nr. 3. Wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en van de Gaswet (implementatie van richtlijnen en verordeningen op het gebied van elektriciteit en gas).

8.7 SCHEMATISCHE WEERGAVE

Uit onderstaand schema blijkt welke opties een waterschap heeft ten aanzien van door een waterschap geproduceerde elektriciteit.



8.8 BELEMMERINGEN EN MOGELIJKE OPLOSSINGEN

Er bestaat voor waterschappen een aantal belemmeringen voor de levering van zelf opgewekte elektriciteit aan derden.

- Een waterschap mag niet zonder meer elektriciteit leveren aan derden. Daartoe moet het waterschap eerst door TenneT erkend te worden als PV en hiertoe met TenneT een overeenkomst sluiten. Aan het zijn van PV zijn allerlei (administratieve) verplichtingen verbonden. Dit kan een

waterschap ondervangen door de programmaverantwoordelijkheid uit te besteden aan een door TenneT erkende PV en daartoe met deze partij een overeenkomst te sluiten.

- Voor het leveren van elektriciteit aan kleinverbruikers is in beginsel een vergunning vereist. Indien het waterschap kan aantonen dat er sprake is van één van de in de wet genoemde specifieke omstandigheden, is geen vergunning nodig. Dit geldt onder meer indien het waterschap de elektriciteit levert aan een dochtermaatschappij van het waterschap, of indien het waterschap deel uitmaakt van een samenwerkingsverband van afnemers van de elektriciteit, waarbij de meerderheid van de afnemers handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf. Deze uitzonderingen zouden aanknopingspunten kunnen bieden voor de uitzondering op de vergunningplicht.

8.9 RISICOANALYSE

Belangrijke aandachtspunten en risico's:

- Bij levering van elektriciteit aan derden geldt een programmaverantwoordelijkheid, met bijbehorende (administratieve) verplichtingen.
- Bij levering van elektriciteit aan kleinverbruikers geldt een vergunningsplicht, met bijbehorende wettelijke verplichtingen uit hoofde van de Elektriciteitswet 1998 en het Besluit vergunning levering elektriciteit aan kleinverbruikers. Indien deze verplichtingen worden geschonden, kan ACM een boete opleggen.

8.10 CHECKLIST

Een waterschap kan de volgende checklist hanteren bij de juridische beoordeling van de productie en levering van elektriciteit:

1. Wenst het waterschap zelf opgewekte elektriciteit terug te leveren aan het net?
2. Is er sprake van levering van elektriciteit aan derden?
3. Indien een waterschap elektriciteit wil leveren aan derden, dient het programmaverantwoordelijkheid te regelen.

4. Bij levering van elektriciteit over het net moet worden beoordeeld of er sprake van levering van elektriciteit aan een groot- of kleinverbruiker.
5. Voor levering van elektriciteit aan kleinverbruikers is een vergunning van ACM vereist, tenzij er sprake is van één van de wettelijke uitzonderingen.
6. Is er sprake van een particulier elektriciteitsnet van het waterschap?
7. Komt het waterschap in aanmerking voor garanties van oorsprong?

8.11 GAS(WETGEVING): BESCHRIJVING VAN HET JURIDISCHE LANDSCHAP

8.11.1 Wet- en regelgeving

Met betrekking tot de productie en levering van gas is de Gaswet van belang. De Gaswet¹²⁵⁾ en daarop gebaseerde regelgeving heeft eenzelfde doelstelling als de Elektriciteitswet 1998: het toegankelijk maken van de oorspronkelijk gemonopoliseerde gasmarkt. In de wet zijn onder meer de volgende onderwerpen geregeld:

- Taken en verplichtingen van de netbeheerder.
- Tariefstructuren voor de berekening van kosten door netbeheerders aan afnemers voor onder meer de aansluiting op het gasnet en het transport van gas.
- Vergunning voor het leveren van gas aan kleinverbruikers.

8.11.2 Jurisprudentie

Hieronder zijn enkele relevante uitspraken opgenomen.

1. Besluit Autoriteit Consument en Markt (destijds NMA) van 17 juni 2011, nr. 103807/39 - invoeding gas op aardgasnet

Tussen BioGast Beverwijk V.O.F. (hierna BioGast) en Stedin Netbeheer B.V. (hierna: Stedin) ontstond een geschil over de voorwaarden die Stedin stelt aan het door BioGast in het regionale gastransportnet van Stedin in te voeden groen gas. In 2009 opende BioGast een vergister die rioolslib omzet in gas. De installatie produceerde vooralsnog 70 kuub per uur, maar BioGast kondigde bij Stedin plannen aan om een grotere hoeveelheid gas in te voeden op

125) In november 2011 is een herziening van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet aangekondigd. Zie Kamerstukken II 2010/11, 31 510, nr. 47. Het conceptwetsvoorstel is onderdeel van de wetgevingsagenda STROOM. Er vindt een internetconsultatieplaats over het wetsvoorstel.

het hogedruknet. Stedin berichtte daarop dat het de zogenoemde 'Aanvullende voorwaarden regionaal netbeheer groen gas invoeders' zou gaan toepassen. Stedin stelde dat het aandeel groen gas dusdanig groot zou worden dat calorische waarde van het gas 'gelijk of hoger' moet zijn aan de waarde van 'gewoon' aardgas dat landelijk gastransporteur GTS in het regionet invoedt. Volgens Stedin zou de speciale eis nodig zijn omdat groen gas niet goed mengt met grijs gas en bij de verdrievoudiging van productie en invoeding zou het gas in calorische waarde daarom in waarde minimaal gelijk moeten zijn. Volgens Stedin zou zij de veiligheid, systeemintegriteit en gaskwaliteit anders niet meer kunnen garanderen. ACM besliste echter dat Stedin geen aanvullende eisen mocht stellen aan het door Biogast in te voeden groene gas. ACM oordeelde dat de calorische waarde van gas geen invloed heeft op de kwaliteit en ook niets van doen heeft met veiligheid of de integriteit van het gasnet. Stedin moest daarom het groene gas accepteren en aan haar transportplicht voldoen.

Deze uitspraak is van belang voor het geval een waterschap groen gas wenst in te voeden in het aardgasnet. De uitspraak beschrijft hoe ver de eisen mogen gaan die een netbeheerder kan stellen aan het in te voeden gas. Overigens worden in dat geval deze voorwaarden vaak vastgelegd in de aansluit- en transportvoorwaarden die op de invoeding door het waterschap van toepassing worden verklaard.

Groen gas invoeden

2. Rechtbank Leeuwarden tussenvonnis 23 oktober 1996, rolnr. H 869/95, eindvonnis 9 juli 2003 - aansprakelijkheid leverancier gas

Op basis van een tussen kwekerij Tjongerhof en Frigem gesloten overeenkomst leverde Frigem gas aan Tjongerhof. Laatstgenoemde gebruikte dit gas voor de exploitatie van zijn kwekerij. In deze procedure eiste Tjongerhof schadevergoeding van Frigem, omdat een te hoge fluorconcentratie in het stortgas van de Weperpolder zijn bloemenooft zou vernietigen. Het stortgas kwam voort uit het rottingsproces van een vuilstort, en werd na zuivering in de opwerkinstallatie rechtstreeks in het aardgasnet geïnjecteerd. Tjongerhof stelde dat hij geen gelegenheid had de gassamenstelling te toetsen op schadelijke effecten en dat hij niet op de hoogte was gebracht van het door Frigem uitgevoerde experiment met betrekking tot de samenstelling van het geleverde gas. De rechtbank oordeelde dat Frigem Tjongerhof tijdig op de hoogte had moeten stellen van de toevoeging van stortgas aan het aardgas. Op grond van de redelijkheid en billijkheid bestond er een waarschuwingplicht bij Frigem als leverancier van het gas, ook gezien het bijzondere gebruik door Tjongerhof van het gas. De leverancier moet dus weten in welke samenstelling het gas wordt geleverd en waarvoor het gas is bestemd.

N.B. In dit geval is de schade opgetreden toen er nog geen sprake was van een geliberaliseerde gasmarkt. Netbeheer en commerciële

activiteiten waren destijds nog niet gesplitst, hetgeen in het huidige systeem wel het geval is. De fysieke levering van energie vindt thans plaats door de netbeheerder, die zowel de invoeder als de eindgebruiker voorziet van aansluitingen. Er is echter geen rechtstreeks contact tussen de netbeheerder en de afnemer over de specifieke levering van gas. Dit verschilt van de situatie zoals die bestond ten tijde van bovengenoemde uitspraak. Op basis van deze uitspraak kan betoogd worden dat de controle op het ingevoede gas moet plaatsvinden door de leverancier van het gas; deze heeft immers een contract met de afnemer.¹²⁶⁾

Verantwoordelijk voor kwaliteit van gas

Ook deze uitspraak is van belang voor het geval een waterschap groen gas wenst in te voeden in het aardgasnet. Uit deze uitspraak valt op te maken dat in dat geval het waterschap een controle moet uitvoeren op het ingevoede gas en dat het waterschap voor de kwaliteit van het gas aansprakelijk is.

3. Rechtbank Rotterdam, 28 november 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:9379 - levering gas aan kleinverbruikers

Deze uitspraak betreft het beroep van Greenchoice tegen de beslissing op bezwaar van de ACM over de aan deze energieleverancier opgelegde bestuurlijke boetes wegens overtreding van art. 95m, lid 3, E-Wet 1998 en art. 52b, lid 3, Gaswet. Die bepalingen verbieden de houder van een vergunning voor de levering van elektriciteit en gas aan kleinverbruikers deze op zodanige wijze te benaderen dat onduidelijkheid bestaat over het feit dat een contract is afgesloten, over de duur van het contract, de voorwaarden voor verlenging en beëindiging van het contract, het bestaan van een recht op opzegging en de voorwaarden van opzegging. De rechtbank is met de ACM van mening dat de boetes terecht zijn opgelegd.

Levering aan kleinverbruikers

Deze uitspraak schetst een aantal van de verplichtingen die op het waterschap zullen rusten indien het elektriciteit en gas aan kleinverbruikers wil gaan leveren. Voor deze levering is in beginsel een vergunning vereist, die (administratieve) verplichtingen voor het waterschap meebrengt.

4. Beslissing van 6 december 2012, met kenmerk 103661/288, van de ACM (voorheen NMA) - boete op grond van de Gaswet en Elektriciteitswet 1998

ACM heeft Greenchoice een boete opgelegd vanwege overtreding van bepalingen die een elektriciteits- en/of gasleverancier verplichten op een betrouwbare wijze en tegen redelijke tarieven en

¹²⁶⁾ Zie ook het artikel van mr. D.G. Tempelman 'Groen (als) gas, een analyse van de groengasketen', gepubliceerd in Nederlands Tijdschrift voor Energierecht, nr. 3 juli 2012, p. 119 e.v.

voorwaarden elektriciteit en gas te leveren aan een afnemer. Greenchoice heeft systematisch aan een grote groep kleinverbruikers niet of niet tijdig een eindafrekening verzonden. Daarmee heeft Greenchoice de op voornoemde bepalingen gebaseerde 'Beleidsregel factureringstermijnen energie' geschonden, waarin is bepaald dat een eindafrekening binnen acht weken na verhuizing of overstap van de kleingebruiker moet zijn verzonden. Greenchoice meent onder meer dat de overtreding niet (volledig) aan haar te wijten is, omdat de netbeheerders de meterstanden niet tijdig aan Greenchoice hebben geleverd. Volgens de raad rust op Greenchoice echter een resultaatsverplichting om de eindafrekening tijdig te versturen en invloed uit te oefenen op de netbeheerder om de meterstanden op tijd aan te leveren. Naar het oordeel van de raad is niet gebleken dat Greenchoice op enigerlei wijze invloed heeft proberen uit te oefenen op de netbeheerder. De raad concludeert daarom dat de overtreding aan Greenchoice is te wijten.

Ook deze uitspraak schetst een aantal van de verplichtingen die op het waterschap zullen rusten indien het elektriciteit en gas aan kleinverbruikers wil gaan leveren aan kleinverbruikers. Zoals gezegd brengt dit wettelijke (administratieve) verplichtingen met zich mee voor het waterschap.

8.12 HANDREIKING PRODUCTIE EN LEVERING VAN GAS

8.12.1 Analyse van de mogelijkheden

Met groen gas wordt bedoeld het biogas dat is opgewaardeerd tot gas gelijkwaardig aan aardgas. Het opwaarderen van biogas is vaak nodig omdat het 'ruwe' biogas een te grote hoeveelheid CO₂ en andere stoffen bevat. Slibgas en stortgas worden vaak onder de noemer van biogas geschaard. De termen biogas en groen gas hebben tot op heden nog geen wettelijke definitie in de Gaswet.

Geen wettelijke definitie

Bij de analyse van de juridische mogelijkheden voor een waterschap ten aanzien van de productie en levering van (groen) gas wordt achtereenvolgens behandeld:

- Productie van gas door waterschappen en het gebruik door de waterschappen van zelf geproduceerd gas.
- Opwerking van biogas tot groen gas.
- Levering van gas door waterschappen aan grootverbruikers respectievelijk kleinverbruikers.
- Levering gas voor transport.
- Invoeding groen gas op het aardgasnet.

Productie van gas door waterschappen en het eigen gebruik

Waterschappen kunnen op verschillende manieren (groen) gas produceren, bijvoorbeeld bij opwerking van biogas tot groen gas van aardgas-kwaliteit. In rwzi's wordt zuiverings-slib vergist en omgezet in biogas. De opwerking kan geschieden door het waterschap zelf of door een derde.

De markt van de productie van biogas en de opwerking en invoeding van groen gas is liberaal. Dit betekent dat waterschappen de vrijheid hebben te bepalen of ze gas willen produceren, waar ze dit willen produceren en aan/van welke partijen ze dit willen (ver)kopen. Het biogas kunnen waterschappen gebruiken voor bijvoorbeeld de eigen productie van elektriciteit en warmte. Hiervoor gelden vooralsnog geen wettelijke duurzaamheidseisen.¹²⁷⁾

Digestaat

De regels voor het produceren van biogas zijn verspreid over meerdere richtlijnen en wetten. Het productieproces van de productie van biogas wordt niet geregeld in deze richtlijnen. Wel geeft deze regelgeving eisen ten aanzien van de gebruikte producten, bijvoorbeeld het verwerken van dierlijke bijproducten en afgeleide producten in biogas en compost. Ook is er specifieke wetgeving ten aanzien van het digestaat (het rest-product dat in de vergisters achterblijft).

Voor de productie van gas zijn twee richtlijnen van belang, de Gasrichtlijn¹²⁸⁾ en de Richtlijn hernieuwbare energie¹²⁹⁾, geïmplementeerd in de Wet Milieubeheer en het Besluit en de Regeling hernieuwbare energie vervoer.¹³⁰⁾ Het Besluit hernieuwbare energie vervoer legt een verplichting op om hernieuwbare energie te leveren aan bedrijven die brandstoffen uitslaan tot verbruik of anderszins brandstoffen voor wegvoertuigen of mobiele machines op de Nederlandse markt brengen. Dit wordt de jaarverplichting hernieuwbare energie vervoer genoemd.

Er gelden tevens bepaalde eisen en voorwaarden voor de invoeding op het net en voor de levering van gas aan derden.

Opwerking biogas tot groen gas

Biogas heeft een andere samenstelling dan gas in het aardgasnet. Om het gas te mogen implementeren in een aardgasnetwerk, moet het biogas zodanig worden bewerkt dat de samenstelling overeenkomt met die van aardgas. Dit heet het opwaarderen van biogas (tot groen gas) en hier zijn verschillende methodes voor. Welke methode wordt gekozen, hangt in hoofdzaak af van het type vergistingsinstallatie dat wordt

Het opwaarderen van biogas

127) Deze regelgeving kan er echter wel op korte termijn komen. N.B. Daarnaast moet wel de overige geldende wet- en regelgeving in acht worden genomen, waaronder bijvoorbeeld arbeidsomstandighedenregelgeving en het Besluit externe veiligheid.

128) De richtlijn 2009/73/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas en houdende intrekking van richtlijn 2003/55/EG (de 3e Gasrichtlijn).

129) Richtlijn hernieuwbare energie van 6 april 2009 van de Raad van de Europese Unie (2009/28/EG).

130) Let op: er ligt thans een voorgenomen Besluit hernieuwbare energie vervoer 2015 en een voorgenomen Regeling hernieuwbare energie vervoer 2015.

gebruikt, waarbij het voornamelijk gaat om het verwijderen van CO₂ en waterstofsulfide.

N.B. Voor de bouw van een biogasinstallatie moet het waterschap in beginsel een omgevingsvergunning aanvragen. Verder moeten er andere vergunningen worden aangevraagd of gelden andere verplichtingen. Dit is afhankelijk van (het vermogen van) de biogasinstallatie, de producten die als grondstof worden gebruikt en wat er met het digestaat (restproduct) gebeurt.

Wanneer het biogas is opgewaardeerd tot groen gas, moet het gas op het juiste drukniveau worden gebracht zodat dit overeenkomt met de hoeveelheid bar van het net waarop wordt ingevoed. Ook moet het gas worden geodoriseerd, zodat het ruikbaar en daarmee waarneembaar wordt, zodat gevaarlijke situaties kunnen worden vermeden.

Levering van (groen) gas

Het door een waterschap geproduceerde gas kan worden geleverd aan een aardgasnet of worden ingezet voor transport (bijvoorbeeld levering aan tankstations voor (eigen) vrachtwagens). Ook kan een waterschap besluiten het biogas niet op te waarderen tot groen gas, maar het onbewerkte biogas te leveren aan derden. Dit biogas kan worden gebruikt voor het verwarmen van bijvoorbeeld een zwembad.

Levering gas voor transport

De Richtlijn hernieuwbare energie verplicht de lidstaten om in 2020 een bepaald percentage aan hernieuwbare energie voor vervoer te realiseren. In het Besluit en de Regeling hernieuwbare energie¹³¹⁾ is de Jaarverplichting hernieuwbare energie vervoer vastgelegd. Deze verplichting houdt in dat een bepaald percentage van de brandstof die wordt gebruikt in het verkeer uit alternatieven voor fossiele brandstoffen moet bestaan. De genoemde regels gelden - kort gezegd - voor bedrijven die benzine en diesel aan tankstations leveren. Zij voegen vaak bio-brandstof toe aan de bestaande mix van diesel of benzine (bijmenging).

Wanneer het waterschap het biogas of groen gas wil inzetten voor transportdoeleinden en het meetelt met de bijmengverplichting voor biotransportbrandstoffen, is duurzaamheidscertificatie van biogas en groen gas wettelijk verplicht. De duurzaamheidscertificatie komt hierna aan de orde.

Invoeding groen gas op aardgasnet

Om groen gas te kunnen invoeden op het aardgasnet, heeft een waterschap een aansluiting op het net nodig. Meestal is dit het regionale net.

¹³¹⁾ De regeling is onlangs gewijzigd, zie de Regeling van de staatssecretaris van Infrastructuur en Milieu, van 31 mei 2013, nr. IenM/BSK-2013/85516, tot wijziging van de Regeling hernieuwbare energie vervoer.

Aansluitplicht Op grond van artikel 14 van de Gaswet geldt een aansluitplicht¹³²⁾ voor regionale netbeheerders om invoeders van groen gas aan te sluiten op het distributienet onder voorwaarden die redelijk, transparant en niet-discriminatoir zijn.

**Aansluit- en Transportvoorwaarden
Gas-RNB**

De voorwaarden die een netbeheerder mag hanteren voor realisatie van een aansluiting, vinden hun grondslag in de Gaswet. Van belang zijn de Aansluit- en Transportvoorwaarden Gas-RNB, die de invoeding van groen gas regelen. Daarnaast gelden de Aanvullende Voorwaarden voor Groen Gas Invoeders, waarin gasspecificaties zijn opgenomen. Een netbeheerder kan verder met een waterschap aanvullende specificaties overeenkomen in een aansluit- en transportovereenkomst, indien een waterschap groen gas wil invoeden in het net.

Als een waterschap groen gas wil invoeden in het net van een regionale of de landelijke netbeheerder, moet het voldoen aan de eisen ten aanzien van de gaskwaliteit. Voor deze eisen is een ministeriële regeling opgesteld¹³³⁾ die per 1 oktober 2014 in werking is getreden. Het invoeden gas moet voldoen aan de specificaties genoemd in deze regeling. Hieronder ter illustratie een aantal voorwaarden dat van belang is:

- Het ingevoede gas moet minimaal van aardgaskwaliteit zijn. Metingen ter verificatie dienen verricht te worden door een erkend meetbedrijf.
- Het gas moet technisch schoon zijn van micro-organismen.
- Groen gas moet op de door de netbeheerder gespecificeerde druk worden aangeleverd.
- De eigenaar van de invoedingsinstallatie heeft de verantwoordelijkheid over het gehele ingevoede volume dat wordt afgenomen.

Technische codes

Daarnaast moet het waterschap voldoen aan de door de ACM vastgestelde technische codes¹³⁴⁾. In deze technische codes zijn in principe de algemene voorwaarden voor de netbeheerders als basis voor een aansluit- en transportovereenkomst opgenomen.

Onderscheid groot- en kleinverbruikers

Net als bij elektriciteit is het onderscheid tussen groot- en kleinverbruikers gebaseerd op de maximale hoeveelheid energie die per tijdseenheid kan worden afgenomen. Voor gas is de grens daarbij gesteld op

132) In artikel 15 van de Gaswet staan uitzonderingen op deze plicht. Deze uitzonderingen bestaan als de beheerstaken van de netbeheerder worden verhinderd door de aansluiting, hetgeen een rechtvaardiging kan vormen voor de weigering van de aansluiting.

133) Regeling van de minister van Economische Zaken, nr. WJZ/13196684, tot vaststelling van regels voor de gaskwaliteit (Regeling gaskwaliteit).

134) <https://www.acm.nl/nl/onderwerpen/energie/gas/codes-gas/technische-codes-gas/>

40 m³ per uur.¹³⁵⁾ Als een waterschap een aansluiting heeft met een totale maximale capaciteit van 40 m³ per uur, wordt het gekwalificeerd als kleinverbruiker, daarboven wordt het waterschap aangemerkt als grootverbruiker.

8.12.2 Levering aan grootverbruikers

Een waterschap mag zonder vergunning gas leveren aan grootverbruikers. Zoals hierboven gezegd kunnen waterschappen op grond van artikel 43 van de Gaswet worden aangemerkt als grootverbruiker indien zij over een aansluiting beschikken met een capaciteit van meer dan 40 m³ per uur.

8.12.3 Rechtstreekse levering aan derden-kleinverbruikers

Indien een waterschap gas wil leveren aan kleinverbruikers, is op grond van de Gaswet¹³⁶⁾ een vergunning vereist. Een vergunning is niet vereist indien - voor zover hier relevant - er sprake is van een levering 'anders dan bedrijfsmatig' of in het kader van een samenwerkingsverband van kleinverbruikers.

Vergunning

Artikel 43 van de Gaswet luidt:

1. Het is verboden zonder vergunning gas te leveren aan afnemers die beschikken over een aansluiting op een net met een totale maximale capaciteit van ten hoogste 40 m³ (n) per uur.
2. Het verbod geldt niet ten aanzien van het leveren van gas:
 - door een buiten Nederland gevestigde leverancier van gas aan ten hoogste 500 afnemers, als bedoeld in het eerste lid, die wonen in gebieden aan de Nederlandse landsgrens; of
 - indien het gas anders dan bedrijfsmatig wordt geleverd overeenkomstig bij ministeriële regeling te stellen regels;
 - indien het gas wordt geleverd in het kader van een overeenkomst als bedoeld in artikel 52c.

Per situatie moet worden beoordeeld of er sprake is van een van bovengenoemde uitzonderingen.

Handel in garanties van oorsprong (GVO) voor groen gas

Indien een waterschap groen gas produceert, kan het aan Vertogas (dochteronderneming van Gasunie) een garantie van oorsprong (GVO) vragen. Een GVO bewijst dat het betreffende groen gas uit biomassa is geproduceerd en dat het dezelfde kwaliteit heeft als aardgas. Zoals hiervoor gezegd is duurzaamheidscertificatie van biogas en groen gas wettelijk verplicht wanneer het waterschap het gas wil inzetten voor transportdoeleinden en als het meetelt met de bijmengverplichting voor

Garantie van oorsprong (GVO)

¹³⁵⁾ Artikel 43 lid 1 Gaswet.

¹³⁶⁾ Artikel 43 Gaswet.

biotransportbrandstoffen. Ook voor biotickets die worden verhandeld om aan de bijmengverplichting te voldoen, is deze certificatie verplicht. In alle andere gevallen is duurzaamheidscertificatie een vrijwillige keuze. Bij deze keuze om al dan niet te certificeren, kunnen bijvoorbeeld wensen van afnemers van het gas een rol spelen.

Certificerende instantie

Om voor een GVO in aanmerking te komen, moet het waterschap zich als producent van groen gas registreren bij de certificerende instantie (Vertogas). Ook de productie-installatie moet worden geregistreerd.

Bij deze registratie moet het waterschap aangeven wie de handelaar van het gas is (dat kan ook het waterschap zelf zijn). Na registratie dient er een 'biomassaverklaring' te worden afgegeven. Het waterschap moet in dat geval, afhankelijk van het type productie-installatie, maandelijks kenbaar maken met welke biomassa het hernieuwbare gas is geproduceerd. Het waterschap moet bijhouden hoeveel energie is geproduceerd met de biomassa. Hiervoor worden GVO's uitgegeven. Deze certificaten kunnen daarnaast worden gebruikt om het groene gas te verhandelen.¹³⁷⁾ Een handelaar kan de certificaten rechtstreeks afnemen bij de producent of deze overnemen van een andere handelaar. De certificaten worden ingezet als de handelaar de certificaten verkoopt aan een eindverbruiker. Verder zijn GVO's vereist indien het waterschap in aanmerking wil komen voor SDE+-subsidie.

SDE+-subsidie

Op dit moment ligt er een concept Ministeriële Regeling garanties van oorsprong voor energie uit hernieuwbare energiebronnen en HR-WKK-elektriciteit.¹³⁸⁾ Deze vervangt naar verwachting de regeling garanties van oorsprong voor duurzame elektriciteit, de regeling garanties van oorsprong voor elektriciteit opgewekt in een installatie voor hoogrenderende warmtekrachtkoppeling en ten aanzien van hernieuwbare warmte en hernieuwbaar gas. In het wetsvoorstel wordt voorgesteld de regels met betrekking tot garanties van oorsprong te herzien en te stroomlijnen tussen verschillende energievormen.

Handel in biotickets

Biotickets

De handel in biotickets vloeit voort uit de verplichting aan oliemaatschappijen en eventueel andere betrokken partijen om een minimum aandeel biobrandstoffen te verkopen. Partijen die naast het verplichte marktaandeel extra bijmengen of extra biobrandstof op de markt brengen, hebben een overschot aan op de markt gebrachte biobrandstof. Partijen met een dergelijk overschot kunnen dit administratief verkopen door middel van biotickets aan partijen die geen of te weinig biobrandstof op de markt brengen. Biotickets maken op die manier administratieve handel mogelijk in prestaties ten behoeve van naleving van voornoemde jaarverplichting.

¹³⁷⁾ Biogascertificaten zijn niet verhandelbaar.

¹³⁸⁾ Deze is te vinden op www.overheid.nl.

Er is een extra stimulering opgenomen voor biobrandstoffen uit reststromen en afval. Deze tellen namelijk dubbel in de berekening van het aandeel biobrandstoffen.¹³⁹⁾ Dit betekent dat 1 m³ gas uit een slibvergister van rwzi's voor 2 m³ mag meetellen in de berekening. De reden voor deze dubbel telling is dat gas uit reststromen tot extra voordelen leidt ten opzichte van de overige biobrandstoffen die uit voedselgewassen worden geproduceerd. Dit betekent dat leveranciers van groen gas, bijvoorbeeld waterschappen, die aan de voorwaarden voor dubbel telling voldoen, een overprestatie en te verkopen hoeveelheid biotickets hebben van 200% van de geleverde biobrandstof minus de eigen verplichting.

Een waterschap kan biotickets alleen verkrijgen op het moment dat er ook daadwerkelijk groen gas wordt ingezet voor het transport. Daarbij bestaan twee mogelijkheden:

- Groen gas wordt direct geleverd aan een tankstation.
- Groen gas wordt geleverd via het gasnet.

In het Besluit hernieuwbare energievervoer is opgenomen dat voor biogas dat met SDE+-subsidie is geproduceerd geen biotickets verhandeld mogen worden ten behoeve van wegvoertuigen. Biogas en groen gas dat met SDE+-subsidie geproduceerd wordt, mag in dat geval niet meer op de biobrandstoffenbalans worden opgenomen.

Particulier gasnet

Er bestaat een ontheffingsmogelijkheid voor gasnetten die inhoudelijk vergelijkbaar is met die van particuliere elektriciteitsnetten. Deze ontheffingsmogelijkheid is opgenomen in artikel 2a Gaswet.

Ontheffingsmogelijkheid

Ook ten aanzien van gasnetten zijn naast het openbare net twee bijzondere situaties te onderscheiden: 1) het gesloten distributiesysteem, waarbij een aantal afnemers en producenten is aangesloten op een afzonderlijk net; 2) de directe lijn die een producent en een afnemer met elkaar verbindt om hun eigen vestigingen, dochterondernemingen en in aanmerking komende afnemers van gas te voorzien. Voor de toelichting van deze begrippen verwijzen wij naar het hiervoor gestelde ten aanzien van particuliere elektriciteitsnetten.

Artikel 2a lid 1 Gaswet luidt:

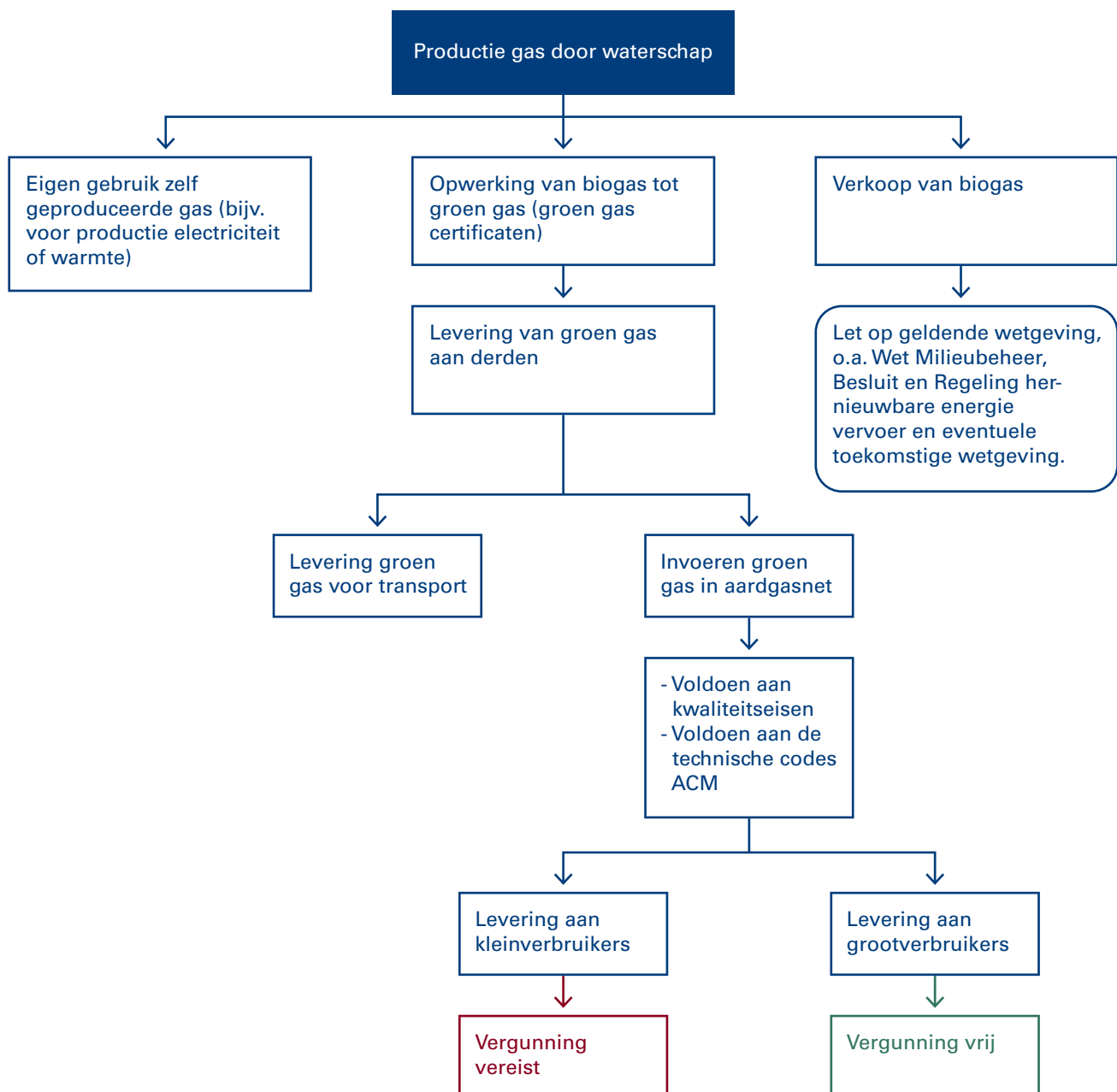
1. De Autoriteit Consument en Markt kan op diens aanvraag ontheffing verlenen aan een eigenaar van een gesloten distributiesysteem van het gebod van artikel 2, achtste lid, indien:

¹³⁹⁾ Zie artikel 16 lid 1 sub a) Regeling hernieuwbare energie vervoer.

- de bedrijfs- of productieproces van de gebruikers van een gesloten distributiesysteem om specifieke technische of veiligheidsredenen geïntegreerd is; of
- het gesloten distributiesysteem primair gas transporteert voor de eigenaar van dat systeem of de daarmee verwante bedrijven; en
- de aanvrager geen netbeheerder is en niet in een groepsmaatschappij met een netbeheerder verbonden is.

8.13 SCHEMATISCHE WEERGAVE

Uit onderstaand schema blijkt welke opties een waterschap heeft ten aanzien van door een waterschap geproduceerd gas.



8.14 BELEMMERINGEN EN MOGELIJKE OPLOSSINGEN

De productie en levering van gas door waterschappen kent de volgende belemmeringen:

- De Gaswet eist voor de levering aan kleinverbruikers een vergunning met bijbehorende wettelijke verplichtingen uit hoofde van de Gaswet. Indien deze verplichtingen worden geschonden, kan de ACM een boete opleggen tenzij er sprake is van wettelijke uitzonderingen.¹⁴⁰⁾
- Rond de certificering van biogas en groen gas (GVO) bestaan nog veel onduidelijkheden ten aanzien van de toepassing van de geldende wet- en regelgeving. Daarnaast is deze wet- en regelgeving constant in beweging. Het is daarom noodzakelijk met regelmaat een onderzoek te doen naar de meest recente toepasselijke regelgeving.

8.15 RISICOANALYSE

Belangrijke aandachtspunten en risico's zijn de volgende:

- Aandachtspunt is dat als een waterschap groen gas wil invoeden in het net van een regionale of de landelijke netbeheerder, het waterschap moet voldoen aan de eisen ten aanzien van de gaskwaliteit. Daarnaast moet het waterschap voldoen aan de door de ACM (Autoriteit Consument & Markt) vastgestelde technische codes. In deze technische codes zijn in principe de 'algemene voorwaarden' voor de netbeheerders als basis voor een Aansluit- en Transportovereenkomst opgenomen.
- Indien een waterschap gas wil invoeden in een gasnet, ligt de verantwoordelijkheid voor de kwaliteit van het in te voeren gas in beginsel bij het waterschap als gasproducent. Wanneer er schade ontstaat als gevolg van de invoeding van groen gas, kan het waterschap als invoeder van het gas hiervoor aansprakelijk worden gehouden. Het is daarom belangrijk de kwaliteit van het in te voeren groen gas te controleren.
- De wet- en regelgeving rondom de productie, verwerking en levering van biogas is in beweging. Het is daarom noodzakelijk met regelmaat een onderzoek te doen naar de meest recente toepasselijke regelgeving.

¹⁴⁰⁾ Art. 43 Gaswet. Als uitzondering op het vergunningvereiste wordt genoemd het leveren van gas: "b) indien het gas anders dan bedrijfsmatig wordt geleverd overeenkomstig bij ministeriële regeling te stellen regels" (de Uitvoeringsregeling Gaswet) of "c) indien het gas wordt geleverd in het kader van een overeenkomst als bedoeld in artikel 52 c" (overeenkomst tot levering van gas aan een daar genoemde bepaalde groep van afnemers).

- De certificatenmarkt is niet stabiel vanwege marktfalen, de prijsstelling van de certificaten is zeer gevoelig voor beleidswijzigingen. Tot 2020 ligt het beleid wel grotendeels vast.

8.16 CHECKLIST

Een waterschap kan de volgende checklist hanteren bij de juridische beoordeling van de productie en levering van gas:

1. Produceert het waterschap biogas?
2. Zo ja, wenst het waterschap biogas:
 - zelf te verbruiken voor het opwekken van elektriciteit en/of warmte?
 - te verhandelen (direct of door middel van certificaten)?
 - op te werken tot groen gas voor transport?
 - op te werken tot groen gas voor invoeding in het aardgasnet?
3. Indien een waterschap het biogas wenst op te waarderen tot groen gas voor invoeding in het aardgasnet, moet het voldoen aan de geldende wet- en regelgeving, onder meer:
 - er is een aansluiting op het net vereist
 - er moet worden voldaan aan de wettelijke eisen ten aanzien van de gaskwaliteit
 - er moet worden voldaan aan de door de ACM vastgestelde technische codes
 - voor de bouw van een biogasinstallatie moet het waterschap in beginsel een omgevingsvergunning aanvragen. Verder moeten andere vergunningen worden aangevraagd of gelden andere verplichtingen. Dit is afhankelijk van (het vermogen van) de biogasinstallatie, de producten die als grondstof worden gebruikt en wat er met het digestaat (restproduct) gebeurt.
4. Als het waterschap groen gas wil leveren over het net, moet worden beoordeeld of er sprake is van levering van gas aan een groot- of kleinverbruiker.
5. Voor levering van gas aan kleinverbruikers is een vergunning vereist, tenzij er sprake is van één van de wettelijke uitzonderingen.
6. Kan het waterschap in aanmerking komen voor een ontheffing voor een particulier gasnet?
7. Komt het waterschap in aanmerking voor garanties van oorsprong?
8. Kan het waterschap biotickets verhandelen?

8.17 WARMTE(WETGEVING): BESCHRIJVING VAN HET JURIDISCHE LANDSCHAP

8.17.1 Wet- en regelgeving

Onder meer de volgende wet- en regelgeving¹⁴¹⁾ is van toepassing in relatie tot de productie en levering van warmte:

- Warmtewet.
- Warmtebesluit.
- Warmteregeling.

Op 1 januari 2014 is de nieuwe Warmtewet in werking getreden. Het doel van de Warmtewet en de daarop gebaseerde regelgeving is het beschermen van kleinverbruikers (dat wil zeggen verbruikers met een aansluiting van maximaal 100 kW, zijnde consumenten en kleinzakelijke afnemers) die van warmtelevering afhankelijk zijn voor wat betreft ruimteverwarming en tapwater.

In de wet zijn onder meer de volgende onderwerpen geregeld:

- Taken en verplichtingen van de warmteleverancier.
- Kostenverdelingssystematiek.
- Vergunning voor het leveren van warmte.

8.18 JURISPRUDENTIE

Per 1 januari 2014 is de nieuwe Warmtewet in werking getreden. Ten tijde van de totstandkoming van deze bijdrage was er nog geen relevante jurisprudentie beschikbaar over de toepassing van deze Warmtewet 2014.

8.19 HANDREIKING PRODUCTIE EN LEVERING VAN WARMTE

8.19.1 Analyse van de mogelijkheden

Bij de analyse van de juridische mogelijkheden voor een waterschap ten aanzien van de productie en levering van warmte wordt achtereenvolgens behandeld:

- de productie van warmte door waterschappen
- het gebruik door de waterschappen van zelf geproduceerde warmte
- de levering van warmte door waterschappen aan derden.

8.19.2 Productie van warmte door waterschappen

Waterschappen produceren warmte door verbranding van biogas in een WKK. Verder onttrekken waterschappen warmte aan influent, het inko-

¹⁴¹⁾ Waaronder ook beleidsregels, codes, richtlijnen, etc. worden begrepen.

mende vuile water. Waterschappen kunnen effluentwarmte gebruiken om bijvoorbeeld de slibvergisting op temperatuur te houden. Zij kunnen deze effluentwarmte ook leveren aan derden.

8.19.3 Gebruik van zelf geproduceerde warmte

De markt voor productie van warmte is vrij. Een waterschap mag zelf warmte produceren en deze zelf gebruiken. De zelf geproduceerde warmte wordt door waterschappen grotendeels ingezet in de slibvergister en in de eigen gebouwen. Dit is een rendabele manier waarbij kan worden bespaard op de inkoop van energie.

8.19.4 Levering van warmte door waterschappen

Waterschappen kunnen effluentwarmte leveren aan derden (huishoudens/bedrijven, waaronder warmtebedrijf) - onder meer via warmte-uitwisselingscircuits - ter optimalisatie van het slibverwerkings- en/of afvalverbrandingsproces (rookgasreiniging). Ook kunnen waterschappen deze warmte leveren aan bijvoorbeeld een zwembad, dat een continue vraag naar warmte heeft.

Definitie van warmte

De Warmtewet is van toepassing indien warmte wordt geleverd aan verbruikers in de zin van de Warmtewet, te weten verbruikers met een warmteaansluiting tot 100 kW. Artikel 1 lid d Warmtewet definieert warmte als ‘warm water of tapwater bestemd voor ruimteverwarming, sanitaire doeleinden en huishoudelijk gebruik’. De Memorie van Toelichting van de Warmtewet zegt dat waar in onderdeel d wordt gesproken over ‘warmte’ zowel warmte ten behoeve van ruimteverwarming wordt bedoeld als warm tapwater.¹⁴²⁾

Directe en indirecte warmte

De Warmtewet is niet volledig van toepassing op alle vormen van warmtelevering. Het is op voorhand niet duidelijk of de levering van effluentwarmte via warmte-uitwisselingscircuits valt onder de definitie ‘warmte’ zoals bedoeld in de Warmtewet. In de Memorie van toelichting op de Warmtewet wordt geen onderscheid gemaakt tussen directe en indirecte warmte. Onder ‘levering van warmte’ wordt in de Memorie van Toelichting van de Warmtewet verstaan ‘de fysieke beschikbaarstelling van warmte geschikt voor huishoudelijke doeleinden aan kleinverbruikers op het overdrachtpunt’, dat wil zeggen het punt waar het warmtenet overgaat in de installatie. Omdat het begrip levering van warmte als aparte definitie is opgenomen, is het onduidelijk of het indirect warmte leveren door een waterschap aan een warmte-uitwisselingscircuit valt onder de definitie van (levering van) warmte. Indien dit *niet* het geval zou zijn, zou de levering van effluentwarmte door de waterschappen zonder vergunning kunnen plaatsvinden.

¹⁴²⁾ Tweede Kamer, Vergaderjaar 2002-2003, Kamerstuk 29048 nr. 3, p. 18,19.

Het begrip kleinverbruiker in de Warmtewet betreft natuurlijke personen die warmte afnemen ten behoeve van huishoudelijke doeleinden, zoals ruimteverwarming en sanitaire doeleinden (wassen, douchen, etc.) en een aansluiting hebben van maximaal 100 kW. De Warmtewet regelt alleen de levering van warmte aan kleinverbruikers. Levering van warmte aan de zakelijke afnemers met een aansluiting van meer dan 100 kW, zoals de procesindustrie en commerciële instellingen (banken, winkels, etc.), valt derhalve niet onder de reikwijdte van deze wet.

Kleinverbruiker

Of de te leveren warmte van het waterschap moet worden gezien als warmtelevering in de zin van de Warmtewet, moet per geval bekeken worden.

Levering van warmte aan grootverbruikers

De Warmtewet regelt niet de levering van warmte aan grootverbruikers. Concreet betekent dit dat wanneer een waterschap warmte wil leveren aan een grootverbruiker, het waterschap geen vergunning nodig heeft en in beginsel vrij is om een prijs te bepalen en voorwaarden te stellen aan de levering van warmte.¹⁴³⁾

Grootverbruikers

Levering van warmte aan kleinverbruikers

De Warmtewet geeft regels voor de levering van warmte aan kleinverbruikers¹⁴⁴⁾ tegen een redelijke prijs. Hiertoe is een vergunningstelsel in het leven geroepen. Indien een waterschap warmte wil leveren aan kleinverbruikers, moet het een vergunning aanvragen bij de minister van Economische Zaken.

Vergunningstelsel

De voorwaarden om in aanmerking te komen voor een vergunning zijn kortweg de volgende¹⁴⁵⁾:

- Het waterschap moet aantonen dat het de organisatorische, financiële en technische kwaliteiten heeft om zijn taak goed uit te voeren.
- Het waterschap moet in staat worden geacht de verplichtingen van de Warmtewet die voor het waterschap gelden na te komen.
- Als eenmaal een vergunning is verkregen, gelden voor het waterschap als vergunninghouder een aantal verplichtingen, zoals de volgendeer gelden voorwaarden ten aanzien van de overeenkomst tussen het waterschap als leverancier en de verbruiker waaronder bijvoorbeeld:

143) Eenzelfde uitzondering op de vergunningplicht bestaat voor levering van energie aan grootverbruikers op grond van de Elektriciteitswet en Gaswet.

144) Een persoon die warmte afneemt van een warmtenet en een aansluiting heeft van maximaal 100 kW (art. 1, onder g, Warmtewet).

145) Zie voor de voorwaarden ook het Warmtebesluit.

- de prijzen en de voorwaarden van levering.
- Vermelding van de overeengekomen kwaliteitsniveaus (minimum en maximum temperatuur).
- Een maximumprijs voor de levering van warmte (vast te stellen door de Autoriteit Consument en Markt), die is gebaseerd op de integrale kosten die een verbruiker zou moeten maken voor het verkrijgen van dezelfde hoeveelheid warmte bij gebruik van gas als energiebron (het 'Niet Meer Dan Anders-principe'). Ook de aansluitbijdrage is gemaximeerd.¹⁴⁶⁾

service verplichtingen¹⁴⁷⁾, waaronder bijvoorbeeld:

- Inspanningsverplichting om afsluiting dan wel onderbreking van de levering van warmte te voorkomen. De verbruiker moet bovendien tijdig worden geïnformeerd over een onderbreking.
- Verbruikers ontvangen (minimaal) jaarlijks een gespecificeerde nota met betrekking tot de prijs voor levering van warmte.
- Het waterschap moet correspondentie van de verbruikers binnen de gestelde termijnen afhandelen.

Het waterschap kan werkzaamheden die verband houden met de levering van warmte aan kleinverbruikers, zoals het onderhoud van het warmtenet en facturering aan afnemers, uitbesteden aan een derde. Voorwaarde daarbij is wel dat de uitvoering van de uitbestede werkzaamheden onder volledige verantwoordelijkheid van het waterschap plaatsvindt.

Uitzonderingen vergunningplicht

Als sprake is van kleinschalige levering van warmte door een waterschap, is een vergunning niet vereist (artikel 9 lid 2 de Warmtewet). Hiervan is sprake voor zover het waterschap dat de warmte levert:

- warmte levert aan ten hoogste 10 verbruikers tegelijk
- per jaar niet meer warmte levert dan 10.000 gigajoules
- eigenaar of verhuurder is van de gebouwen ten behoeve waarvan de warmte wordt geleverd.

Per situatie moet worden beoordeeld of er sprake is van een van de uitzonderingen zoals genoemd in artikel 9 lid 2 Warmtewet.

¹⁴⁶⁾ Zie ook het Warmtebesluit.

¹⁴⁷⁾ Zie ook de Warmteregeling.

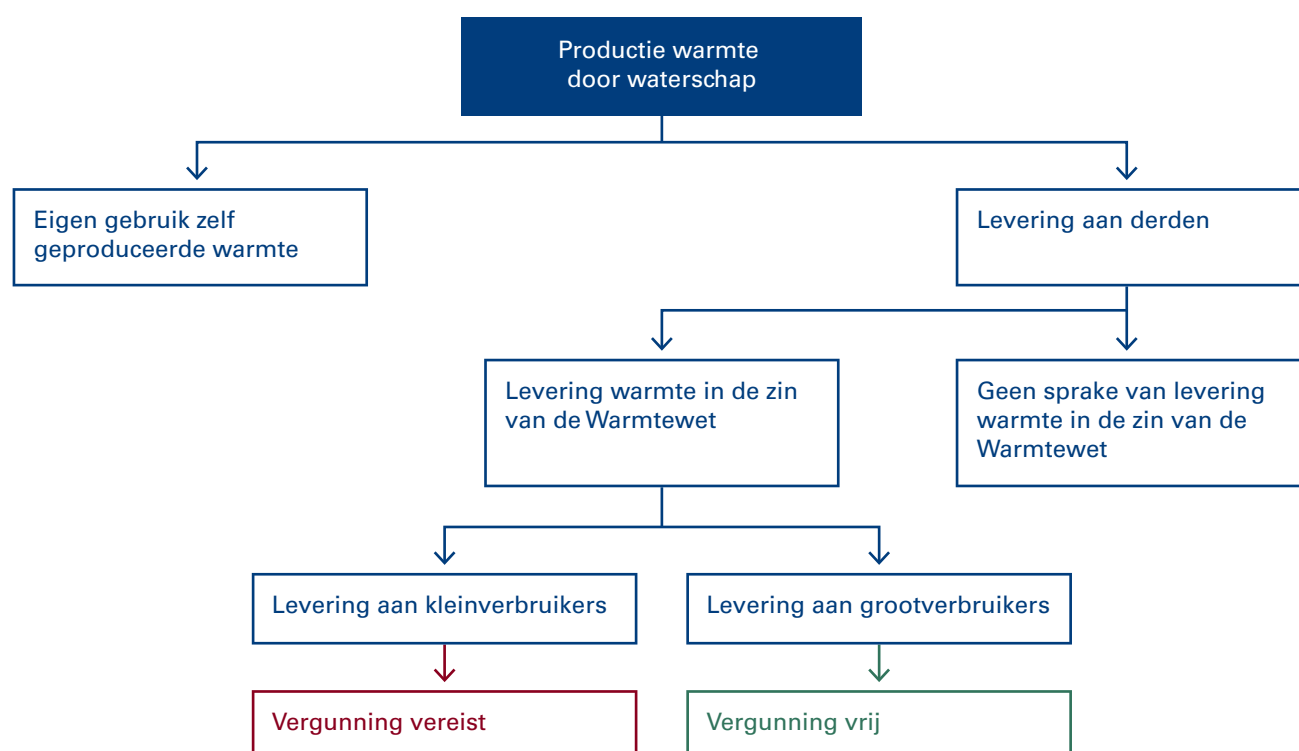
Indien een waterschap warmte levert op grond van de Warmtewet maar daarvoor geen vergunning nodig heeft, gelden onder meer de volgende verplichtingen voor het waterschap als leverancier van de warmte:

Geen vergunning

- Het waterschap moet een overeenkomst sluiten met alle afzonderlijke afnemers voor het leveren van warmte en/of koude.
- Het waterschap moet alle storingen van de installaties en onderbreking van de levering registreren en de afnemer tijdig informeren over geplande werkzaamheden.
- Indien de afnemer geen meteruitlezing op afstand wenst, moet het waterschap ervoor zorgen dat de afnemer periodiek wordt bezocht voor het uitlezen van de meter ter plaatse.
- Het waterschap moet een afzonderlijke boekhouding van de levering van warmte en/of koude hebben.
- De leverancier moet aantonen dat hij marktconform levert, niet meer dan de maximumprijs in rekening brengt en de afnemer tijdig op de hoogte brengen van prijsaanpassingen.

8.20 SCHEMATISCHE WEERGAVE

Uit onderstaand schema blijkt welke opties een waterschap heeft ten aanzien van door een waterschap geproduceerde warmte.



8.21 BELEMMERINGEN EN MOGELIJKE OPLOSSINGEN

Belemmeringen rond de productie en levering van warmte door waterschappen zijn de volgende:

- Er bestaat onduidelijkheid over de toepasselijkheid van de Warmtewet. Door de definitie van het begrip ‘warmte’ zullen echter mogelijk niet alle initiatieven van waterschappen tot levering van warmte door de Warmtewet gereguleerd worden. In dat geval lijkt de levering van warmte vrij te mogen plaatsvinden. Een waterschap dient voorafgaand aan een voorgenomen levering van warmte te onderzoeken of dit valt binnen de reikwijdte van de Warmtewet.
- De Warmtewet eist voor de levering aan kleinverbruikers een vergunning, met bijbehorende wettelijke verplichtingen voor de leverancier. Door de nieuwe Warmtewet 2014 geldt een verzwarende van administratieve verplichtingen voor leveranciers. Er is geen vergunning vereist voor kleinschalige levering van warmte.

8.22 RISICOANALYSE

Een belangrijk aandachtspunt is dat per situatie moet worden vastgesteld of het regime van de Warmtewet van toepassing is, omdat deze wet niet volledig van toepassing is op alle vormen van warmtelevering. Zo moet in de specifieke gevallen worden beoordeeld of de levering van effluentwarmte via warmte-uitwisselingscircuits valt onder de definitie ‘warmte’ zoals bedoeld in de Warmtewet. Indien dit het geval is, moet het waterschap voldoen aan de bepalingen van de Warmtewet.

8.23 CHECKLIST

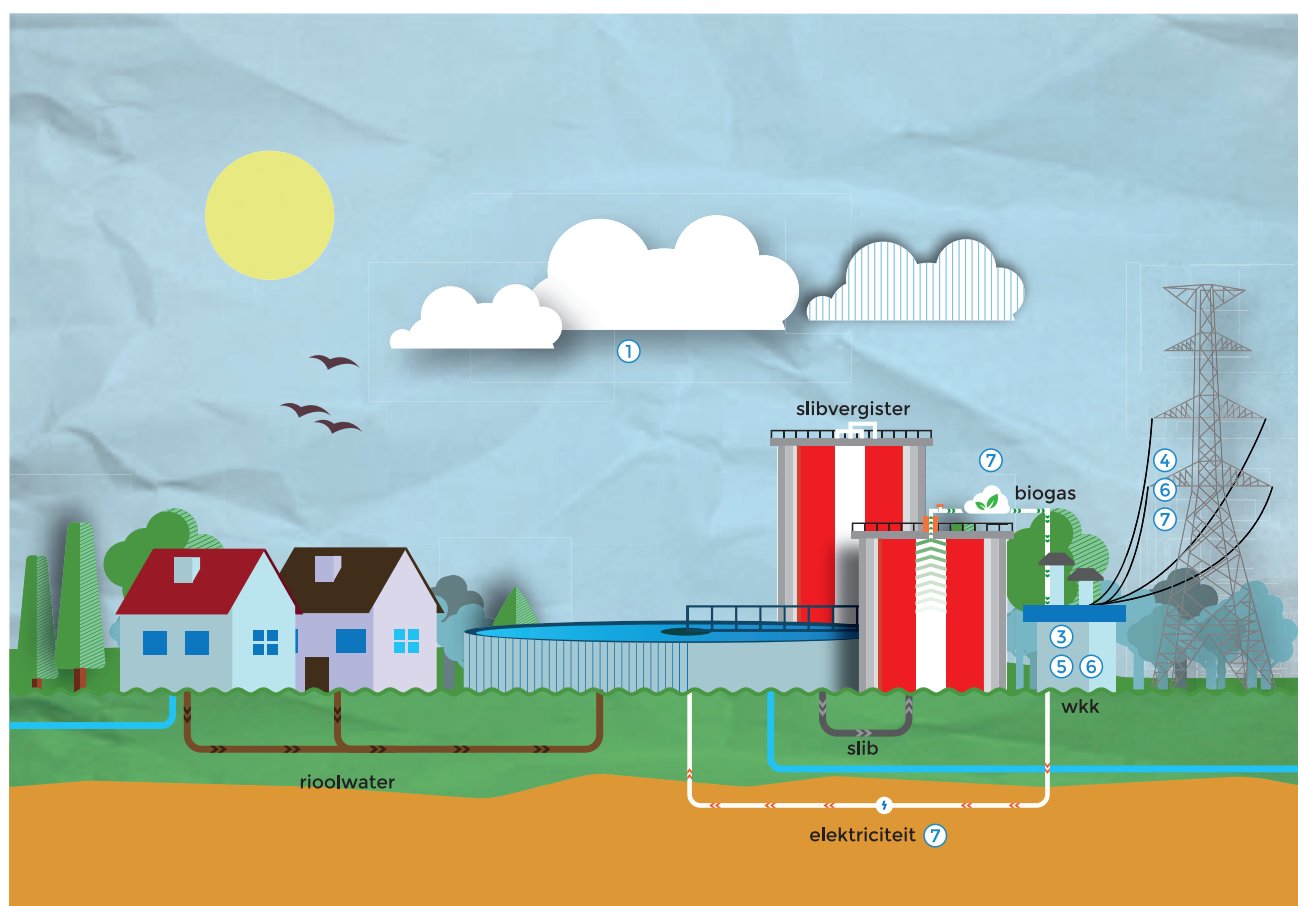
Een waterschap kan de volgende checklist hanteren bij de juridische beoordeling van de productie en levering van warmte:

1. Produceert het waterschap warmte?
2. Zo ja, wenst het waterschap de warmte te leveren aan derden?
3. Zo ja, valt deze warmtelevering onder de reikwijdte van de Warmtewet?
4. Zo ja, is er sprake van levering van warmte aan kleinverbruikers? In dat geval moet het waterschap voldoen aan de verplichtingen van de Warmtewet die gelden voor leveranciers van warmte. Voor levering van warmte aan kleinverbruikers onder de reikwijdte van de Warmtewet is een vergunning vereist, tenzij er sprake is van kleinschalige levering van warmte.

9. Casebeschrijvingen

In dit hoofdstuk worden een aantal fictieve voorbeeldcases besproken aan de hand van de juridische hoofdstukken uit deze handreiking. In de praktijk zijn er uiteraard veel meer cases mogelijk, maar deze voorbeeldcases dienen ter illustratie van het juridische landschap bij de productie en levering van energie en grondstoffen.

9.1 CASE 1: ENERGIEFABRIEK



- | | |
|--|--|
| <p>1 Wettelijke taken
<i>Geen belemmeringen</i></p> <p>3 Aanbestedingswet- en regelgeving
<i>Verstrekken opdracht boven aanbestedingsdrempels</i></p> <p>4 Staatssteun, mededinging, markt en overheid
<i>Waterschap is onderneming
Hoogte van de prijs</i></p> <p>5 Samenwerking rechtsvormen
<i>Privaatrechtelijke constructie</i></p> | <p>6 Fiscaal recht
<i>Overheid of btw-ondernemer
Nijverheidsbedrijf
Bij levering overschotten ontstaat energie-belastingplicht</i></p> <p>7 Energierecht
<i>Markt is liberaal
Terugleververgoeding</i></p> |
|--|--|

Achtergrond

Het waterschap kan door slibvergisting biogas produceren. In een warmtekracht koppeling (WKK) kan dit biogas worden omgezet in elektriciteit.

Businesscase

De businesscase van het waterschap bestaat uit een aantal elementen:

- Samenwerking met een onderneming om een warmtekrachtkoppeling te installeren en te onderhouden.
- Productie van voldoende elektriciteit om de waterzuivering te voorzien in de eigen energiebehoefte.
- Eventuele tijdelijk overschotten (pieken) worden geleverd aan het elektriciteitsnet, hiervoor wil het waterschap samenwerken met een elektriciteitsleverancier en beoogt het een vergoeding te ontvangen.

Toelichting

Wettelijke taken

De drie elementen van deze casus leveren wat de wettelijke taken van het waterschap betreft geen belemmeringen op. De activiteiten vinden plaats in het kader van de zuiveringstaak van het waterschap. Zij beogen via een lagere energienota kostenbesparingen te realiseren en zijn daarmee ingegeven vanuit doelmatigheidsoverwegingen. De samenwerking met een onderneming is een volstrekt acceptabele en normale zaak en ook de teruglevering van eventuele overschotten aan het elektriciteitsnet is toegestaan. Al met al passen de elementen van de casus ook volledig binnen de voorwaarden van de brief van de minister over de productie en levering van energie en grondstoffen door waterschappen. Zij roepen dan ook geen enkele juridische belemmering op.

Aanbestedingswet- en regelgeving

In deze casus moet voor een aantal elementen rekening worden gehouden met de aanbestedingswet- en regelgeving. In de eerste plaats zou voor de installatie en het onderhoud van de WKK een onderneming kunnen worden ingeschakeld door deze hier een opdracht voor te verstrekken. De kosten voor de nieuwbouw van een dergelijke installatie liggen waarschijnlijk al boven de aanbestedingsdrempels. Omdat installatie en het onderhoud als één opdracht in de markt worden gezet, moeten de kosten ervan bij elkaar worden opgeteld om te toetsen of deze boven de aanbestedingsdrempel uitkomen. De nieuwbouw wordt gezien als 'werk' zoals bedoeld in de Aanbestedingswet en de bijbehorende aanbestedingsdrempel is € 5.186.000.

Blijft de opdracht onder de drempel, dan hoeft deze niet door middel van een Europese aanbestedingsprocedure te worden aangevraagd. Wel moet worden voldaan aan de Gids Proportionaliteit, die criteria stelt

als het aantal uit te vragen offertes, transparantie van de procedure, proportionaliteit van de eisen, etc. In veel gevallen is afwijken hiervan mogelijk, mits goed onderbouwd.

Komt de opdracht boven de drempel, dan moet deze door middel van een Europese aanbestedingsprocedure in de markt gezet worden. Ook wanneer het waterschap nauwer wil samenwerken met de onderneming, bijvoorbeeld door hier gezamenlijk een rechtspersoon voor op te richten (publiek-private samenwerking), zal deze samenwerking moeten worden aanbesteed.

Staatssteun, mededinging, markt en overheid

Staatssteun zal in deze casus slechts van toepassing zijn wanneer ofwel een te hoge prijs wordt betaald aan de onderneming die de WKK installeert en onderhoudt, ofwel wanneer een te lage prijs wordt gevraagd aan de elektriciteitsleverancier voor de teruglevering op het net. Beide situaties kunnen worden voorkomen door de prijs te laten bepalen door een aanbestedingsprocedure of door een marktonderzoek.

Het mededingingsrecht kan van toepassing zijn op de teruglevering op het net. Het waterschap oefent hier namelijk een economische activiteit uit (brengt een dienst of een goed op de markt), die ook door een particuliere onderneming zou kunnen worden uitgeoefend, met het oog op het maken van winst.

Nu het waterschap voor deze activiteit wordt gezien als onderneming, moet voldaan worden aan de mededingingswetgeving. Afspraken die de mededinging verhinderen, zijn niet toegestaan. Zo mag het waterschap niet samen met de elektriciteitsleverancier de prijs bepalen waartegen een derde de elektriciteit kan kopen van ofwel het waterschap ofwel de elektriciteitsleverancier.

Samenwerking en organisatievormen

In deze casus kan het beste gekozen worden voor een privaatrechtelijke constructie om samen te werken en de WKK te realiseren. Het waterschap kan een joint venture oprichten met het bedrijf, maar zou ook een PPS-constructie kunnen aangaan. Bij het aantrekken van een marktpartij die deelneemt in de onderneming, is het aanbestedingsrecht van toepassing. Gaat deze nieuwe onderneming activiteiten verrichten die aanbesteed hadden moeten worden, dan moet de marktpartij - die gaat deelnemen in die onderneming - worden geselecteerd door middel van een aanbestedingsprocedure. Een waterschap kan dus niet zo maar een marktpartij kiezen voor participatie aan een gezamenlijke onderneming.

Omzetbelasting, vennootschapsbelasting en energiebelasting

Voor de btw is het allereerst van belang om vast te stellen in welke hoedanigheid het waterschap optreedt: als btw-ondernemer of als

overheid/niet btw-ondernemer. Voor zover het waterschap de WKK gaat gebruiken voor de productie van elektriciteit om de waterzuivering te voorzien in de eigen energiebehoefte, treedt het op als overheid. Hierdoor is de toerekenbare inkoop-btw op bijvoorbeeld de aanschaf c.q. huur en het beheer en onderhoud van de WKK niet aftrekbaar. De inkoop-btw vormt dan ook een kostenpost. Voor zover het waterschap de energie, die wordt opgewekt met de WKK, echter gaat terugleveren aan het elektriciteitsnet, treedt het waterschap op als btw-ondernemer. Gevolg is dat het waterschap aan de energieleverancier 21% btw in rekening dient te brengen en moet voldoen aan de administratieve verplichtingen (boekhouding, bewaarplicht en doen van btw-aangifte). Daar staat tegenover dat het waterschap de inkoop-btw toerekenbaar aan deze btw-belaste leveringen in aftrek mag brengen.

Aangezien het waterschap de WKK voor zowel overheidsactiviteiten als voor btw-ondernemersactiviteiten gaat gebruiken, zal het bij aanschaf een verdeling moeten maken met betrekking tot de inkoop-btw. Een deel van de inkoop-btw komt immers voor aftrek in aanmerking (deel toerekenbaar aan de btw-belaste levering van energie) en een deel vormt een kostenpost (deel toerekenbaar aan eigen gebruik). Volgens de staatssecretaris kan op deze verdeling van de inkoop-btw bij aanschaf niet meer worden teruggekomen. Mocht het btw-belaste gebruik in de jaren na aanschaf toenemen, bestaat er volgens hem geen aanvullend recht op aftrek. Daalt het btw-belaste gebruik daarentegen, dan bestaat er tot en met het vierde jaar na het jaar van aanschaf een terugbetalingsverplichting (op basis van de herzieningsregeling voor roerende zaken). Mocht het waterschap de WKK niet aanschaffen maar huren, dan wordt deze problematiek voorkomen. Bij huur kan immers jaarlijks de aftrek conform het gebruik (overheid/btw-belast ondernemer) in aftrek worden gebracht. Hetzelfde geldt voor exploitatie- en onderhoudskosten.

Vennootschapsbelasting

Op grond van de huidige wetgeving (2014) is het relevant te constateren dat het waterschap met deze activiteiten een nijverheidsbedrijf uitoefent. Het wordt daarmee belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting. De onderneming binnen het waterschap die deze activiteiten ontplooit, zal dan een zogeheten openingsbalans moeten opstellen. Welke activa moeten worden geëtiketteerd als ondernemingsvermogen? De aanschaf van de slibvergistingsinstallatie en de WKK zullen deel gaan uitmaken van het nijverheidsbedrijf. Afhankelijk van de mate waarin het nijverheidsbedrijf in staat zal zijn om jaarlijks winst te behalen, leidt de belastingplicht tot een materiële heffingslast. Onafhankelijk van de vraag of er winst wordt behaald, leidt de belastingplicht tot de verplichting jaarlijks een aangifte vennootschapsbelasting te verzorgen.

Energiebelasting

Slibvergisting leidt veelal tot de productie van zuiver biogas. Indien en voor zover het gebruik van dit biogas door het waterschap, al dan niet na omzetting daarvan in elektriciteit, uitsluitend voor eigen gebruik plaatsvindt, ontstaat geen belastingplicht voor de energiebelasting. Zodra overschotten worden geleverd aan verbruikers, verandert dit en ontstaat wel belastingplicht. In de veronderstelling dat de elektriciteitsleverancier een zogeheten energiedistributiebedrijf betreft, is in die partner geen verbruiker te onderkennen. Levering aan deze partner leidt niet tot belastingplicht.

Energiewet- en regelgeving

De markt van de productie van biogas is liberaal. Dit betekent het waterschap de vrijheid heeft te bepalen of het gas wil produceren, waar het dit wil produceren en aan welke partijen het dit eventueel wil verkopen. Wel moet het waterschap rekening houden met de regelgeving ten aanzien van het produceren van biogas¹⁴⁸⁾. Deze regels zijn verspreid over meerdere richtlijnen en wetten. Voor de productie van gas zijn twee richtlijnen van belang, de Gasrichtlijn¹⁴⁹⁾ en de Richtlijn hernieuwbare energie¹⁵⁰⁾, geïmplementeerd in de Wet Milieubeheer en het Besluit en de Regeling hernieuwbare energie vervoer^{151),152)}. Het productieproces van de productie van biogas als zodanig wordt niet geregeld in deze richtlijnen.¹⁵³⁾ Wel geeft deze regelgeving eisen ten aanzien van de gebruikte producten, bijvoorbeeld het verwerken van dierlijke bijproducten en afgeleide producten in biogas en compost. Ook is er specifieke wetgeving ten aanzien van het digestaat (het restproduct dat in de vergisters achterblijft), waar het waterschap rekening mee moet houden. Daarnaast moet het waterschap voldoen aan de veiligheidsvoorschriften voor het bouwen en beheersen van de biogasininstallatie(s) en moet voor de bouw van een biogasininstallatie in beginsel een omgevingsvergunning worden aangevraagd.

Het waterschap wenst elektriciteit op te wekken door het biogas in een WKK om te zetten in elektriciteit. De markt voor productie van elektriciteit is vrij; het waterschap mag zelf elektriciteit produceren. De zelf opgewekte elektriciteit wordt in eerste instantie door het waterschap zelf gebruikt. Daartoe moet de opgewekte elektriciteit eerst door middel van een omvormer worden omgevormd van gelijkstroom naar wisselstroom.

148) Daarnaast moet het waterschap de geldende regelgeving ten aanzien van arbeidsomstandigheden naleven, alsmede het Besluit externe veiligheid.

149) De richtlijn 2009/73/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas en houdende intrekking van richtlijn 2003/55/EG (de 3e Gasrichtlijn).

150) Richtlijn hernieuwbare energie van 6 april 2009 van de Raad van de Europese Unie (2009/28/EG).

151) Let op: er ligt thans een voorgenomen Besluit hernieuwbare energie vervoer 2015 en een voorgenomen Regeling hernieuwbare energie vervoer 2015.

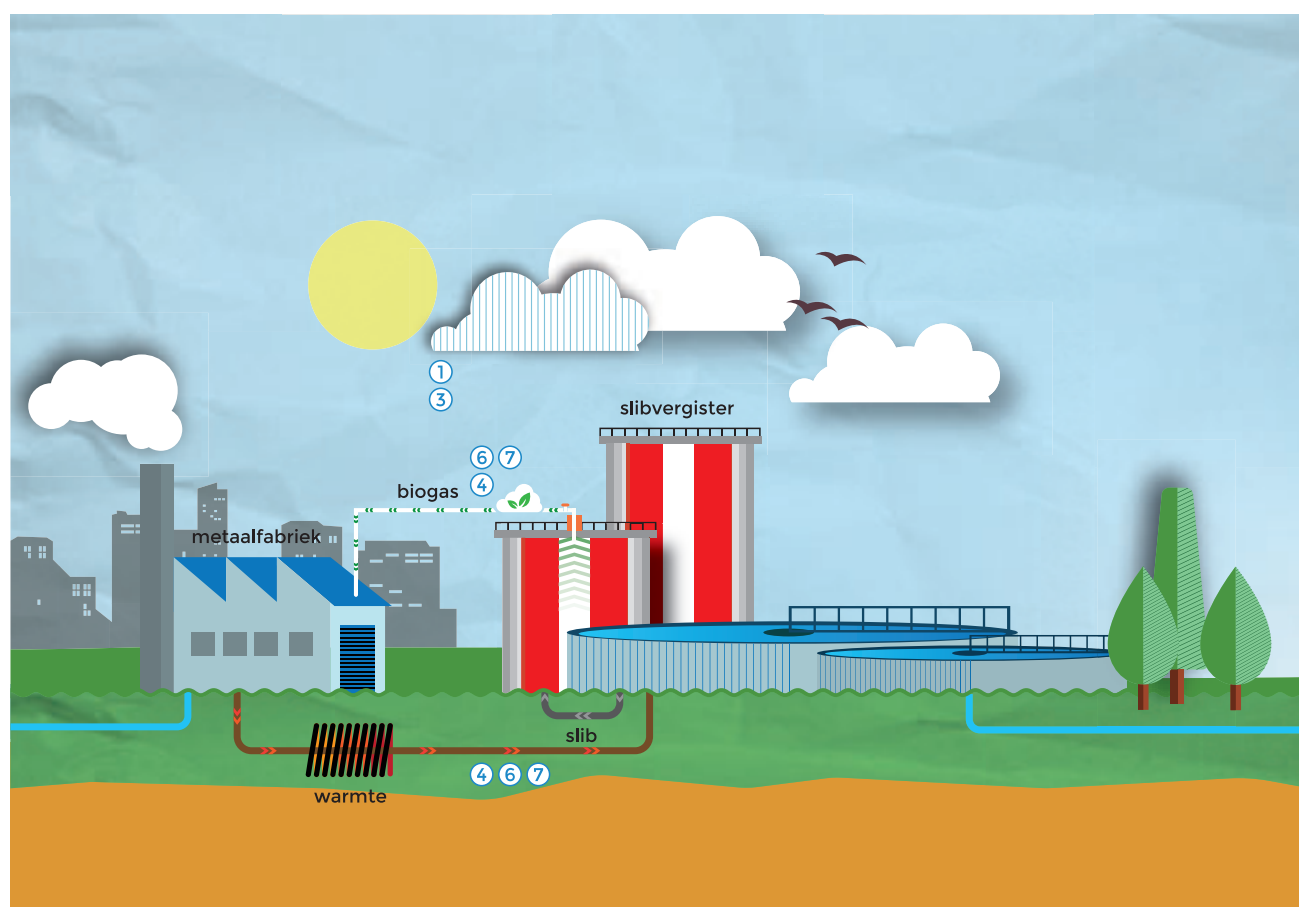
152) Het Besluit hernieuwbare energie vervoer legt een verplichting op om hernieuwbare energie te leveren aan bedrijven die brandstoffen uitslaan tot verbruik of anderszins brandstoffen voor wegvoertuigen of mobiele machines op de Nederlandse markt brengen. Dit wordt de jaarverplichting hernieuwbare energie vervoer genoemd.

153) Er is op voorhand ook geen universele biogassamenstelling te geven.

Het waterschap wenst eventuele overschotten te leveren aan het elektriciteitsnet en wil daartoe samenwerken met een elektriciteitsleverancier. Het waterschap wil een vergoeding ontvangen. In dat kader geldt dat het waterschap de zelf opgewekte elektriciteit kan terugleveren aan het elektriciteitsnet. Hiervoor kan het waterschap een terugleververgoeding krijgen. Het waterschap dient de elektriciteit te verkopen aan een programmaverantwoordelijke (PV-partij), via een leverancier.¹⁵⁴⁾ Daartoe moet het waterschap aan het energiebedrijf alsmede aan de netbeheerder doorgeven dat het wil gaan terugleveren. Bij een waterschap als grootverbruiker van duurzame energie is de prijs die daarvoor wordt betaald de uitkomst van onderhandeling met de energieleverancier. Sommige leveranciers staan alleen teruglevering toe als de teruglevering plaatsvindt op een aparte aansluiting.

¹⁵⁴⁾ Elke leverancier van elektriciteit moet op grond van de Elektriciteitswet 1998 een programmaverantwoordelijke (PV) hebben. Deze partij is verantwoordelijk voor de inkoop van elektriciteit.

9.2 CASE 2: WARMTELEVERING VOOR HET ZUIVERINGSPROCES



- | | |
|--|--|
| <p>1 Wettelijke taken
<i>Geen belemmeringen</i></p> <p>3 Aanbestedingswet- en regelgeving
<i>Publiek-private samenwerking (PPS)</i></p> <p>4 Staatssteun, mededinging, markt en overheid
<i>Marktconforme prijs</i></p> | <p>6 Fiscaal recht
<i>Levering is belast met btw
Vennootschapsbelasting
Aangifte energiebelasting</i></p> <p>7 Energierecht
<i>Warmtewet
Kleinverbruik of zakelijk
Wetgeving biogas is in beweging</i></p> |
|--|--|

Achtergrond

Een restproduct van de Metaalfabriek is warmte. Momenteel wordt met deze warmte niets gedaan. De Fabriek is op zoek naar efficiënter (en daarmee winstgeverder) toepassingen van dit restproduct. De Metaalfabriek heeft het waterschap benaderd en gevraagd of het waterschap de warmte zou willen afnemen en gebruiken voor het zuiveringsproces. Het waterschap ziet een kans om haar zuiveringsproces te verduurzamen en het efficiënter (en daarmee goedkoper) te organiseren.

Businesscase

Gezamenlijk stellen de metaalfabriek en het waterschap een businesscase op, met de volgende elementen:

- Om de warmte te leveren en de infrastructuur te beheren, richten de metaalfabriek en het waterschap een rechtspersoon op.
- De rechtspersoon koopt de warmte van de metaalfabriek en verkoopt deze aan het waterschap.
- De metaalfabriek en het waterschap betalen beide een fee aan de rechtspersoon voor het onderhoud aan de benodigde infrastructuur.
- Door het gebruik van warmte voor het zuiveringsproces wordt minder biogas gebruikt. Het overschot aan biogas wordt verkocht aan de metaalfabriek.

Toelichting

Wettelijke taken

De vier elementen van deze casus leveren wat de wettelijke taken van het waterschap betreft geen belemmeringen op. De activiteiten vinden plaats in het kader van de zuiveringstaak van het waterschap en zijn ingegeven vanuit overwegingen van doelmatigheid en duurzaamheid. Door kostenbesparingen kan het waterschap zijn taak goedkoper verrichten. Aangezien het waterschap vrij is om privaatrechtelijk op te treden en bijvoorbeeld samen met een private partij een bedrijf op te richten, levert dat evenmin belemmeringen op. Wel zullen daarbij zo nodig de mededingingsrechtelijke aspecten in acht moeten worden genomen.

Aanbestedingswet- en regelgeving, samenwerking en rechtsvorm

Op een publiek-private samenwerking (PPS) is ook de aanbestedingswet- en regelgeving van toepassing. Dit betekent dat het waterschap niet zomaar een rechtspersoon kan oprichten met de metaalfabriek en niet zomaar met de rechtspersoon een overeenkomst kan sluiten voor de levering van warmte. Beide relaties moeten worden aanbesteed. In de jurisprudentie is uitgemaakt dat in een dergelijk geval één aanbestedingsprocedure voldoende is, wanneer hierin zowel de oprichting van de rechtspersoon als de levering van warmte aan het waterschap wordt verwerkt.

Staatssteun, mededinging, markt & overheid

Het staatssteunrecht kan van toepassing zijn wanneer het waterschap de metaalfabriek bevoordeeld, ofwel via de rechtspersoon, ofwel via de verkoop van biogas. Wanneer het waterschap ervoor zorgt altijd een

marktconforme prijs te betalen aan of te ontvangen van de metaalfabriek, wordt verboden staatssteun voorkomen.

Door biogas te verkopen aan de metaalfabriek, is het waterschap voor die activiteit een onderneming, als bedoeld in het mededingingsrecht, namelijk een leverancier van biogas. Omdat het hier hoogstwaarschijnlijk slechts gaat om relatief hele kleine hoeveelheden biogas, zal de markt niet snel verstoord worden, waardoor het mededingingsrecht niet van toepassing is. Dit geldt niet voor de zogenaamde 'hard-core' afspraken, zoals prijsafspraken of een afspraak met een andere biogasleverancier dat hij niet aan de metaalfabriek zal leveren.

Omzetbelasting

In deze casus kwalificeert de rechtspersoon als btw-ondernemer, ongeacht de rechtspersoonsvorm die wordt gekozen. De rechtspersoon gaat immers warmte leveren aan het waterschap en vraagt hiervoor een vergoeding. De levering van de warmte is belast met 21% btw. Ook de metaalfabriek treedt voor de levering van de warmte aan de rechtspersoon op als btw-ondernemer en dient 21% btw in rekening te brengen. Aangezien de rechtspersoon de warmte weer doorlevert met btw, kan hij de door de metaalfabriek in rekening gebrachte btw in aftrek brengen. Voor de rechtspersoon vormt de btw dan ook geen kostenpost. Wel zal hij aan de administratieve verplichtingen (boekhouding, bewaarplicht en doen van btw-aangifte) moeten voldoen.

Het waterschap neemt de warmte in principe af als overheid. De warmte wordt immers gebruikt voor het zuiveringsproces. Gevolg is dat de btw die de rechtspersoon aan het waterschap in rekening brengt, niet voor aftrek in aanmerking komt (kostenpost). Bij de verkoop van het biogas aan de metaalfabriek treedt het waterschap daarentegen op als btw-ondernemer. Dit houdt in dat het aan de metaalfabriek 21% btw in rekening dient te brengen. De inkoop-btw toerekenbaar aan de levering van het biogas kan daarentegen wel in aftrek worden gebracht. Het waterschap zal voor zijn btw-ondernemersdeel uiteraard ook moeten voldoen aan de administratieve verplichtingen.

Vennootschapsbelasting

Afhankelijk van de rechtsvorm van de rechtspersoon zal sprake zijn van belastingplicht voor de vennootschapsbelasting. Aangezien rechtspersoon een samenwerkingsverband (joint venture) tussen metaalfabriek en waterschap betreft, valt te veronderstellen dat het een rechtsvorm met een in aandelen verdeeld kapitaal betreft. Belasting- en aangifteplicht is dan aan de orde voor de vennootschapsbelasting. Hoewel rechtspersoon een samenwerkingsverband betreft, zal de fee voor het onderhoud van de benodigde infrastructuur een zakelijke prijs moeten vormen; rechtspersoon, metaalfabriek en waterschap moeten 'at arm's length' handelen. Op termijn zal een zakelijke prijs dan leiden tot de

afdracht van vpb. De effectieve belastingdruk kan worden beperkt door gebruik te maken van fiscale faciliteiten en is mede afhankelijk van de mate waarin geïnvesteerd wordt in infrastructuur of waarin innovatie plaatsvindt door rechtspersoon.

Energiebelasting

De levering van warmte door metaalfabriek en rechtspersoon leidt niet tot het ontstaan van belastingplicht voor de energiebelasting. Energiebelasting wordt slechts geheven op aardgas en elektriciteit en niet op warmte. Het waterschap wil overtollig biogas verkopen en leveren aan de metaalfabriek. In de veronderstelling dat de metaalfabriek dit biogas als verbruiker geleverd krijgt, leidt deze verkoop en levering tot het ontstaan van belastingplicht voor het waterschap. Het waterschap zal dan maandelijks aangifte energiebelasting moeten verzorgen. Het moet deze in rekening brengen aan de metaalfabriek en aan de hand van de uitgereikte energienota (voorschotnota) op aangifte moeten afdragen aan de Belastingdienst.

Energie wet- en regelgeving

Vastgesteld moet worden of deze levering van warmte door de rechtspersoon aan het waterschap valt onder het toepassingsbereik van de Warmtewet. De Warmtewet regelt uitsluitend de levering van warmte aan kleinverbruikers en niet de levering van warmte aan grootverbruikers. Kleinverbruikers in de zin van de Warmtewet betreffen natuurlijke personen die warmte afnemen ten behoeve van huishoudelijke doeleinden, zoals ruimteverwarming en sanitaire doeleinden en een aansluiting hebben van maximaal 100 kW. Levering van warmte aan de zakelijke afnemers met een aansluiting van meer dan 100 kW valt niet onder de reikwijdte van deze wet. Er wordt hier van uitgegaan dat het waterschap kwalificeert als grootverbruiker. Concreet betekent dit voor de levering van warmte aan het waterschap dat de rechtspersoon geen vergunning nodig heeft en in beginsel vrij is om een prijs te bepalen en voorwaarden te stellen aan de levering van warmte. Op grond van de Mededingingswet moeten de prijs en voorwaarden echter redelijk zijn.

Het waterschap wenst het overschot aan biogas te verkopen aan de metaalfabriek. Het waterschap heeft de vrijheid te bepalen of het gas wil produceren, waar het dit wil produceren en aan welke partijen het dit eventueel wil verkopen. Rekening moet worden gehouden met de Gasrichtlijn¹⁵⁵⁾ en de Richtlijn hernieuwbare energie¹⁵⁶⁾, geïmplementeerd in de Wet Milieubeheer en het Besluit en de Regeling hernieuwbare energie vervoer¹⁵⁷⁾ ¹⁵⁸⁾. De Gaswet is alleen van toepassing, indien

155) De richtlijn 2009/73/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas en houdende intrekking van richtlijn 2003/55/EG (de 3e Gasrichtlijn).

156) Richtlijn hernieuwbare energie van 6 april 2009 van de Raad van de Europese Unie (2009/28/EG).

157) Let op: er ligt thans een voorgenomen Besluit hernieuwbare energie vervoer 2015

en een voorgenomen Regeling hernieuwbare energie vervoer 2015.

158) Het Besluit hernieuwbare energie vervoer legt een verplichting op om hernieuwbare energie te leveren aan bedrijven die brandstoffen uitslaan tot verbruik of anderszins brandstoffen voor wegvoertuigen of mobiele machines op de Nederlandse markt brengen. Dit wordt de jaarverplichting hernieuwbare energie vervoer genoemd.



het biogas voldoet aan de definitie van gas in de zin van de Gaswet¹⁵⁹⁾; het biogas moet dan zijn opgewaardeerd tot groen gas.¹⁶⁰⁾ Bij toepassing van de Gaswet moet het waterschap, indien het groen gas wil invoeden in het net van een regionale of de landelijke netbeheerder, voldoen aan de eisen ten aanzien van de gaskwaliteit. Daarnaast moet het waterschap voldoen aan de door de ACM vastgestelde technische codes.¹⁶¹⁾ Onder de Gaswet mag een waterschap zonder vergunning gas leveren aan grootverbruikers. Een partij is een grootverbruiker als zij over een aansluiting beschikt met een capaciteit van meer dan 40 m³ per uur. Indien een waterschap gas wil leveren aan kleinverbruikers, is op grond van de Gaswet¹⁶²⁾ in beginsel een vergunning vereist, tenzij er sprake is van een levering ‘anders dan bedrijfsmatig’ of in het kader van een samenwerkingsverband van kleinverbruikers. Er bestaat daarnaast een ontheffingsmogelijkheid voor gasnetten indien er sprake is van een van de volgende situaties: 1) een gesloten distributiesysteem, waarbij een aantal afnemers en producenten zijn aangesloten op een afzonderlijk net; 2) een directe lijn die een producent en een afnemer met elkaar verbindt om hun eigen vestigingen, dochterondernemingen en in aanmerking komende afnemers van gas te voorzien.¹⁶³⁾

De wet- en regelgeving rondom de productie, verwerking en levering van biogas is in beweging. Het is daarom noodzakelijk met regelmaat een onderzoek te doen naar de meest recente toepasselijke regelgeving.

159) Zie artikel 1 lid 1 sub b Gaswet.

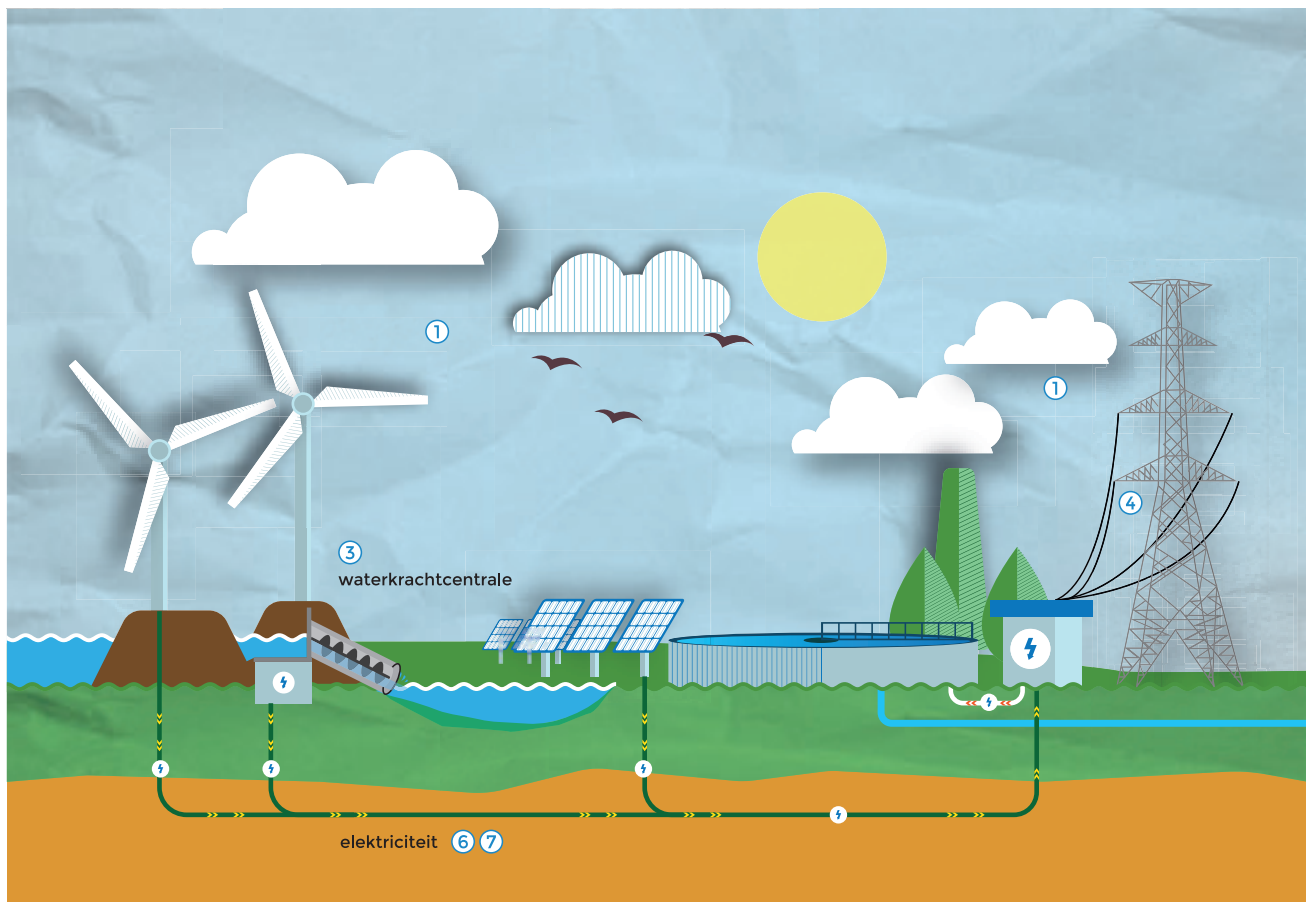
160) Het biogas moet dan een stof zijn die a) is opgewekt in een productie-installatie die uitsluitend gebruik maakt van hernieuwbare energiebronnen; b) is opgewekt in een hybride productie-installatie die gebruik maakt van zowel hernieuwbare als fossiele energiebronnen; c) bij een temperatuur van 15° Celsius en bij een druk van 1,01325 bar in gasvormige toestand verkeert en in hoofdzaak bestaat uit methaan of een andere stof die vanwege haar eigenschappen aan methaan gelijkwaardig is voor zover het mogelijk en veilig is deze stof overeenkomstig hoofdstuk 2 te transporteren.

161) <https://www.acm.nl/nl/onderwerpen/energie/gas/codes-gas/technische-codes-gas/>

162) Artikel 43 Gaswet.

163) Wanneer het waterschap het biogas wil inzetten voor transportdoeleinden en het voor de bedrijven die het gas kopen meetelt met de bijmengverplichting voor biotransportbrandstoffen, is duurzaamheidscertificatie van biogas wettelijk verplicht. Ook voor biotickets die worden verhandeld om aan de bijmengverplichting te voldoen, is deze certificatie verplicht. In alle andere gevallen is duurzaamheidscertificatie een vrijwillige keuze.

9.3 CASE 3: PRODUCTIE ELEKTRICITEIT OP EIGEN TERREIN



- | | |
|--|---|
| <p>1 Wettelijke taken
<i>Geen belemmeringen</i></p> <p>3 Aanbestedingswet- en regelgeving
<i>Quasi-inbesteden</i></p> <p>4 Staatssteun, mededinging, markt en overheid
<i>Marktconforme prijs</i></p> | <p>6 Fiscaal recht
<i>Overheid of btw-ondernemer
Verdeling van de inkoop-btw
Geen nijverheidsbedrijf
Ook bij eigen gebruik: belastingplicht</i></p> <p>7 Energierecht
<i>Markt is liberaal
Ontheffing particulier net</i></p> |
|--|---|

Achtergrond

Het waterschap wil de grond die in zijn bezit is efficiënter gaan gebruiken. Het selecteert daarom delen van het terrein waarop installaties worden gebouwd om elektriciteit op te wekken. Sommige terreinen zijn beter geschikt voor zonnepanelen, andere voor windmolens en op weer andere terreinen kan door middel van waterkracht elektriciteit worden opgewekt. Omdat de terreinen van het waterschap verspreid liggen over een grote oppervlakte, kan niet alle geproduceerde elektriciteit direct aan onderdelen van het waterschap geleverd worden. Voor de levering sluit het waterschap een overeenkomst met een energieleverancier

Businesscase

Het waterschap stelt een businesscase op die bestaat uit de volgende elementen:

- Het waterschap verstrekt een opdracht tot het plaatsen en onderhouden van zonnecollectoren op drie verschillende terreinen.
- Langs een dijk worden twee windmolens geplaatst; voor de installatie en het onderhoud wordt een opdracht verstrekt.
- Op een laatste terrein wordt een waterkrachtcentrale geplaatst door een besloten vennootschap, waarvan de aandelen alle in handen zijn van waterschappen en enkele gemeenten,
- Door middel van bovengenoemde installaties wordt meer energie opgewekt dan op de terreinen zelf door het waterschap wordt verbruikt. In zijn geheel verbruikt het waterschap echter meer elektriciteit dan het produceert.

Met de energieleverancier van het waterschap wordt overeengekomen dat de teruglevering van elektriciteit op het net vanaf het ene terrein wordt gesaldeerd met het elektriciteitsverbruik op het andere terrein.

Toelichting

Wettelijke taken

De verschillende elementen van deze casus roepen wat de wettelijke taken van het waterschap betreft geen bezwaren op. De activiteiten vinden plaats in het kader van de watersysteem- en zuiveringstaak van het waterschap en zijn ingegeven vanuit doelmatigheidsoverwegingen. Door de energieopwekking wordt via afspraken met het energiebedrijf de energienota verlaagd en worden aldus kosten bespaard. Per saldo blijft het waterschap echter afnemer van energie. De activiteiten vinden plaats op eigen waterschapsgrond en niet op gronden van particulieren. Het waterschap is gerechtigd om privaatrechtelijk op te treden en kan derhalve zelfstandig dan wel samen met andere publieke of private partijen een BV oprichten. De elementen van de casus passen ook volledig binnen de voorwaarden van de brief van de minister over de productie en levering van energie en grondstoffen door waterschappen.

Aanbestedingsrecht

Voor het plaatsen en onderhouden van zonnecollectoren en windmolens moet een Europese aanbestedingsprocedure worden doorlopen (ervan uitgaande dat de opdrachtwaarde boven de Europese drempelbedragen uitkomt). De aandelen van de vennootschap die de waterkrachtcentrale plaatst, zijn in handen van de waterschappen en enkele gemeenten. Het lijkt daarom mogelijk om de quasi-inbestedingsuit-

zondering toe te passen. Wanneer deze vennootschap niet meer dan 90% (vanaf 2016: 80%) van haar werkzaamheden uitvoert voor andere partijen dan haar aandeelhouders en de aandeelhouders alle overheidsinstellingen zijn, kan een opdracht waarschijnlijk direct aan deze vennootschap worden gegund.

Voor wat betreft de energieleverancier is het goed om de afspraak tot teruglevering al te maken bij de aanbestedingsprocedure die leidt tot het leveren van de energie door het energiebedrijf, vooral wanneer deze teruglevering voor het energiebedrijf voordelen oplevert. Wellicht hadden andere energiebedrijven ook willen inschrijven op de aanbesteding onder deze voorwaarden.

Staatssteun, mededinging, markt en overheid

Bij de teruglevering van energie moeten marktconforme tarieven worden gehanteerd, anders kan er sprake zijn van staatssteun. Dit kan worden opgelost door dit op te nemen in de aanbesteding van de energieleverancier, zodat deze kan worden geselecteerd op basis van de prijs-kwaliteitverhouding.

Omzetbelasting

Voor de btw dient een onderscheid te worden gemaakt tussen het zelf opwekken van energie (met behulp van de zonnecollectoren en windmolens) en het door een derde - de BV - opwekken van energie (met behulp van de waterkrachtcentrale). Alleen bij het zelf opwekken van energie kan btw-ondernemerschap voor het waterschap om de hoek komen kijken.

Bij het zelf opwekken van energie is het van belang om allereerst vast te stellen in welke hoedanigheid het waterschap optreedt: als btw-ondernemer of als overheid/niet btw-ondernemer. Voor zover het waterschap de energie van de zonnecollectoren en windmolens gaat gebruiken om te voorzien in de eigen energiebehoefte, treedt het waterschap in principe op als overheid. Hierdoor is de toerekenbare inkoop-btw op de investeringen en het onderhoud van de zonnecollectoren en windmolens niet aftrekbaar. De inkoop-btw vormt dan ook een kostenpost. Voor zover het waterschap de energie die wordt opgewekt met de zonnecollectoren en windmolens, gaat terugleveren aan het elektriciteitsnet, treedt het op als btw-ondernemer. De omstandigheid dat de energieleverancier de teruglevering en het verbruik saldeert, is daarbij niet relevant. Gevolg is dat het waterschap aan de energieleverancier 21% btw in rekening dient te brengen en moet voldoen aan de administratieve verplichtingen (boekhouding, bewaarplicht en doen van btw-aangifte). Daar staat tegenover dat het waterschap de inkoop-btw toerekenbaar aan deze btw-belaste leveringen in aftrek mag brengen.

Aangezien het waterschap de zonnecollectoren en de windmolens voor zowel overheidsactiviteiten als voor btw-ondernemersactiviteiten

gaat gebruiken, zal het bij aanschaf een verdeling moeten maken met betrekking tot de inkoop-btw. Een deel van de inkoop-btw komt immers voor aftrek in aanmerking (deel toerekenbaar aan de btw-belaste levering van energie) en een deel vormt een kostenpost (deel toerekenbaar aan eigen gebruik). Volgens de staatssecretaris kan op deze verdeling van de inkoop-btw bij aanschaf niet meer worden teruggekomen. Mocht het btw-belaste gebruik in de jaren na aanschaf toenemen, bestaat er volgens hem geen aanvullend recht op aftrek. Daalt het btw-belaste gebruik daarentegen, dan bestaat er tot en met het vierde jaar na het jaar van aanschaf van de zonnecollectoren en tot en met het negende jaar van aanschaf van de windmolens een terugbetalingsverplichting (op basis van de herzieningsregeling). Voor de exploitatie- en onderhoudskosten vindt de aftrek jaarlijks plaats, conform het gebruik (overheid/btw-belast ondernemer).

Bij het opwekken van energie door de BV met behulp van de waterkrachtcentrale kwalificeert de BV als btw-ondernemer. De BV zal voor de energie die zij levert aan het waterschap dan ook 21% btw in rekening moeten brengen en heeft volledig recht op aftrek. De btw vormt bij het waterschap - voor zover niet gebruikt voor btw-belaste activiteiten - evenwel een kostenpost. Btw-heffing vanuit de BV kan achterwege blijven indien het waterschap en de BV een fiscale eenheid vormen. Hiervoor is onder andere wel noodzakelijk dat het waterschap minimaal 50% van de aandelen in de BV bezit met de daarbij behorende zeggenschap. Een andere mogelijkheid om btw-heffing te voorkomen, is om te onderzoeken of de BV gebruik kan maken van de koepelvrijstelling, dan wel dat gebruik kan worden gemaakt van de EDM/consortiumgedachte. Uiteraard hebben deze opties wel tot gevolg dat het recht op aftrek van btw bij de BV wordt beperkt of zelfs volledig wegvalt.

Vennootschapsbelasting

Omdat met de energieleverancier van het waterschap wordt overeengekomen dat gesaldeerd wordt met het elektriciteitsverbruik op alle terreinen, is het pleitbaar dat door het waterschap geen nijverheidsbedrijf wordt uitgeoefend (in 2014) en geen onderneming wordt gedreven (in 2016). Van belastingplicht is dan geen sprake. Voor de BV geldt dat zij wél een nijverheidsbedrijf uitoefent en dat belastingplicht bestaat. Ook in 2016 geldt naar verwachting dat de BV belastingplichtig is, de vrijstelling voor samenwerkingsverbanden beoogt niet het produceren of leveren van energie objectief vrij te stellen van heffing. De investering in een waterkrachtcentrale door een belastingplichtige BV kan leiden tot toepassing van investeringsfaciliteiten, waardoor de effectieve heffingslast wordt beperkt.

Energiebelasting

Per saldo wordt er geen elektriciteit geproduceerd of geleverd aan verbruikers. Wel vindt eigen gebruik plaats. Ook met eigen gebruik vindt een belastbaar feit plaats en ontstaat belastingplicht.

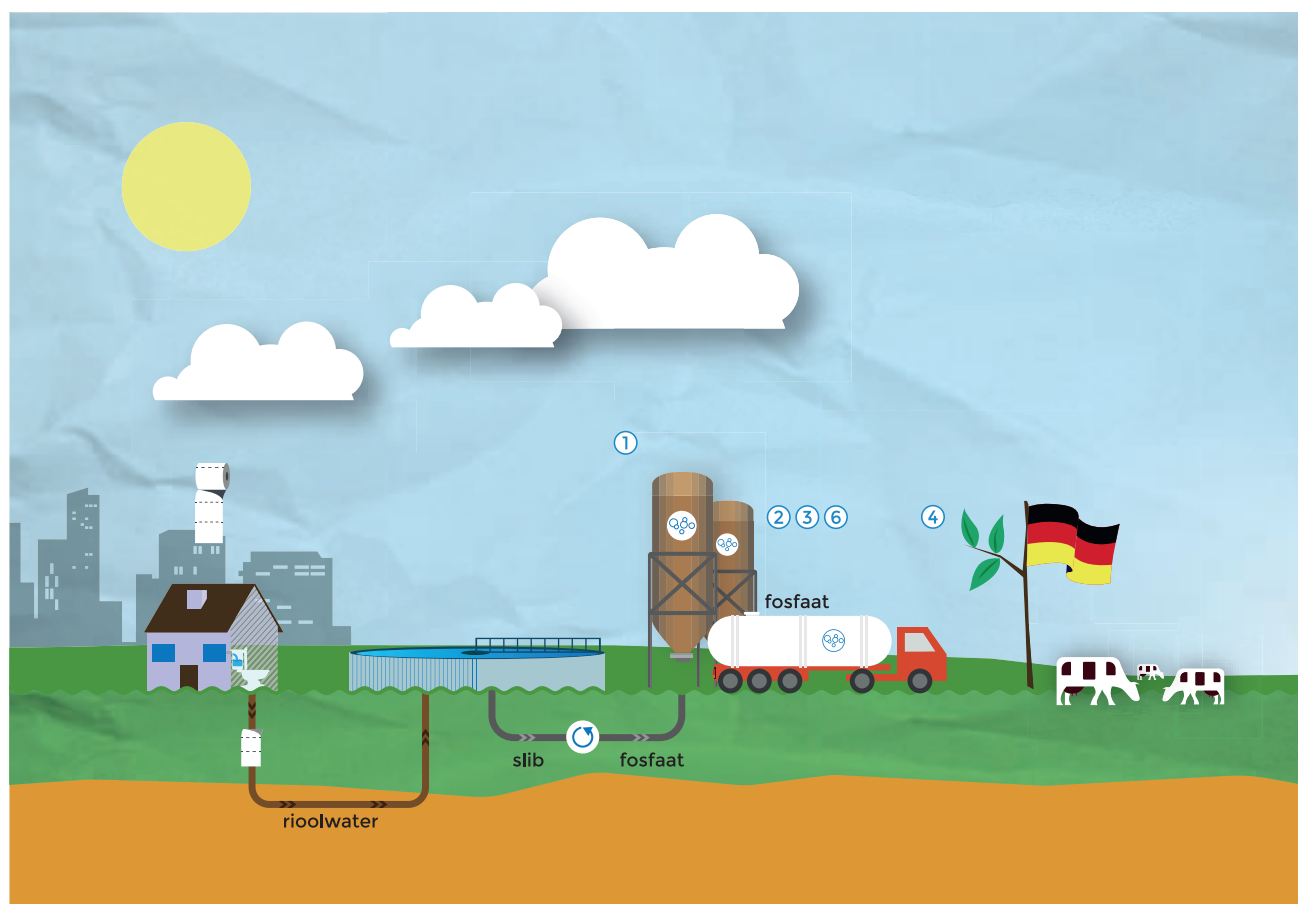
Energiewet- en regelgeving

De markt voor productie van elektriciteit is vrij. Het waterschap mag zelf elektriciteit produceren. Met de installaties wordt meer energie opgewekt dan op de terreinen zelf door het waterschap wordt verbruikt. In zijn geheel verbruikt het waterschap meer elektriciteit dan het produceert.

Uit de casus blijkt verder dat met de energieleverancier van het waterschap wordt overeengekomen dat de teruglevering van elektriciteit op het net vanaf het ene terrein wordt gesaldeerd met het elektriciteitsverbruik op het andere terrein. Salderen houdt in dat de opwekker van elektriciteit de door hem zelf geproduceerde en teruggeleverde elektriciteit mag aftrekken van de door hem ingekochte elektriciteit. Saldering is echter alleen mogelijk voor kleinverbruikers, en niet voor grootverbruikers. Waterschappen zijn aan te merken als grootverbruikers. Het waterschap moet als grootverbruiker zelf contracten sluiten met de leverancier en de voorwaarden van (terug)levering van de resterende eigen opgewekte elektriciteit met deze leverancier overeenkomen.

Daarnaast zou het waterschap mogelijk in aanmerking kunnen komen voor een ontheffing voor een particulier elektriciteitsnet. Deze ontheffing moet worden aangevraagd bij de ACM. Dat kan als er sprake is van 1) een gesloten distributiesysteem, waarbij een aantal afnemers en producenten is aangesloten op een afzonderlijk net; 2) een directe lijn, een elektriciteitslijn die een producent en een afnemer met elkaar verbindt om hun eigen vestigingen, dochterondernemingen en in aanmerking komende afnemers van elektriciteit te voorzien. Ontheffingen betreffen vaak technisch complexe verzoeken, waarvan de beoordeling de benodigde tijd vraagt. Om tijdig duidelijkheid te krijgen over de vraag of het waterschap in deze specifieke situatie in aanmerking komt voor een ontheffing, kan het raadzaam zijn vooraf met de ACM contact op te nemen.

9.4 CASE 4: TERUGWINNING EN LEVERING VAN FOSFAAT



- | | |
|---|---|
| <p>1 Wettelijke taken
<i>Geen belemmeringen</i></p> <p>2 Afvalstoffenwet- en regelgeving
<i>Wijziging omgevingsvergunning
Helpdesk afvalbeheer</i></p> <p>3 Aanbestedingswet- en regelgeving
<i>Publiekrechtelijke instelling: aanbestedingsplichtig</i></p> | <p>4 Staatssteun, mededinging, markt en overheid
<i>Economische activiteit
De-minimis</i></p> <p>6 Fiscaal recht
<i>Btw-ondernemer
Geen nijverheidsbedrijf
Pachtopbrengsten</i></p> |
|---|---|

Achtergrond

Het waterschap wil waardevolle grondstoffen uit het rioolwater, zoals struviet, niet verloren laten gaan. Door struviet terug te winnen uit slib, wordt een waardevolle grondstof gewonnen die kan worden gebruikt als meststof. Door het winnen en het daarna te verkopen, kan het waterschap de totale zuiveringskosten naar beneden brengen. Omdat struviet in Nederland nog niet mag worden gebruikt als meststof, moet het worden vervoerd naar Duitsland. Dit betekent extra kosten. Om dit rendabel te maken, wenst het waterschap samen te werken met andere waterschappen.

Businesscase

Het waterschap stelt een businesscase op die bestaat uit de volgende elementen:

- Een aantal waterschappen passen hun zuiveringsproces zodanig aan dat struviet wordt gewonnen uit slib.
- De waterschappen verenigen zich in een gemeenschappelijke regeling (GR) met openbaar lichaam, die de verantwoordelijkheid krijgt voor de inzameling van het slib en het vervoer naar Duitsland.
- De GR pacht een stuk land van het waterschap voor de opslag van het struviet.
- De GR besteedt het vervoer van het struviet naar Duitsland uit aan een derde partij.
- De opbrengst van de verkoop wordt door de GR naar rato van de hoeveelheid struviet die is ingezameld verdeeld over de deelnemende waterschappen.

Toelichting

Wettelijke taken

De diverse elementen van deze casus leveren wat de wettelijke taken van het waterschap betreft geen belemmeringen op. De activiteiten vinden plaats in het kader van de zuiveringstaak van de waterschappen. Door het terugwinnen van struviet worden de totale zuiveringskosten van de deelnemende waterschappen verlaagd. De activiteiten zijn dus doelmatig. Het is waterschappen toegestaan op publiekrechtelijke of privaatrechtelijke basis onderling of met andere partijen samen te werken, zodat de inzameling en het vervoer van het slib naar Duitsland kan worden ondergebracht in een gemeenschappelijke regeling. Die samenwerking beoogt de afvoer naar Duitsland rendabel te maken. Voor de verdeling van het financiële voordeel over de betrokken waterschappen is een acceptabele en voor de hand liggende verdeelsleutel gekozen. Al met al passen de elementen van de casus ook volledig binnen de voorwaarden van de brief van de minister over de productie en levering van energie en grondstoffen door waterschappen.

Afvalstoffenwet- en regelgeving

Het aanpassen van het zuiveringsproces veronderstelt een wijziging van de omgevingsvergunningen voor de betrokken rwzi's. In het kader van het vooroverleg met het betrokken bevoegd gezag ligt een kans voor de waterschappen om het vraagstuk einde-afvalfase uitdrukkelijk aan de orde te stellen. Aan de hand van de Handleiding "Afval of niet" van RWS Leefomgeving, ministerie IenM, zullen de waterschappen geza-

menlijk onderzoek moeten doen om aan te tonen dat het teruggewonnen struviet geen afvalstof meer is. Bij dit onderzoek zal onder meer aandacht moeten worden besteed aan het opstellen, in samenwerking met de afnemer en eventueel het bevoegd gezag (in Nederland en Duitsland), van criteria waaraan het struviet moet voldoen (product-criteria) en het nader onderbouwen van de vraag (markt) naar struviet. Het eindresultaat, zo nodig getoetst door de Helpdesk Afvalbeheer van RWS, kunnen zij in het vooroverleg inbrengen met het verzoek aan het bevoegd gezag om in het kader van de vergunningverlening ook een besluit te nemen over de einde-afvalfase van struviet. Een dergelijk besluit maakt het voor de betrokken waterschappen mogelijk om het struviet zonder bijkomende vergunning-, meldings- en registratieverplichtingen op grond van de afvalstoffenwetgeving over te dragen aan het openbaar lichaam en deze op zijn beurt vervolgens aan derden. Aangezien struviet in Duitsland wel mag worden verhandeld en gebruikt als meststof, zal deze stof in Duitsland waarschijnlijk ook niet als afvalstof worden aangemerkt. Het openbaar lichaam kan dan het struviet zonder bijkomende afvalstoffenrechtelijke verplichtingen overbrengen naar Duitsland.

Wanneer het bevoegd gezag het verzoek tot het toekennen van de niet-afvalstatus voor het teruggewonnen struviet afwijst, moeten de handelingen die de waterschappen (afgifte van struviet aan het openbaar lichaam) en het openbaar lichaam (inzameling, vervoer binnen Nederland en naar Duitsland en opslag op land) verrichten in het licht van het afvalstoffenrechtelijke regime worden beschouwd. Concreet betekent dit dat het waterschap bij de afgifte van struviet en het openbaar lichaam bij de inzameling, de tijdelijke opslag op land en de overbrenging (door een derde) daarvan binnen Nederland en naar Duitsland aan alle daarvoor geldende verplichtingen uit hoofdstuk 10 Wm en de Europese Verordening Overbrenging Afvalstoffen (EVOA) moeten voldoen.

Staatssteun, mededinging, markt en overheid

Het verkopen van struviet is een economische activiteit, zoals bedoeld in het mededingingsrecht. De waterschappen bieden immers goederen aan op de markt, die ook door private partijen zouden kunnen worden aangeboden. De waterschappen maken via de GR afspraken over de wijze waarop in struviet wordt gehandeld. Zeker nu struviet wordt verkocht in Duitsland, zou dit de mededinging op de Europese markt kunnen verstoren. Om gebruik te kunnen maken van de de-minimis uitzondering moet het marktaandeel van de waterschappen gezamenlijk minder dan 10% uitmaken van de totale Europese markt. Om het marktaandeel te kunnen berekenen, moet worden bepaald om welke markt het gaat: betreft het bijvoorbeeld de markt van levering van struviet of van levering van meststoffen? Waarschijnlijk is het marktaandeel van waterschappen echter erg laag en zal het mededingingsrecht niet snel voor belemmeringen zorgen.

Aanbestedingswet- en regelgeving en rechtsvorm

In deze casus wordt het vervoer uitgevoerd door een derde partij. De GR is de opdrachtgevende partij. De GR is een publiekrechtelijk instelling, zoals bedoeld in de Aanbestedingswet 2012, want de GR:

1. heeft rechtspersoonlijkheid
2. is opgericht om te voorzien in behoeften van algemeen belang (namelijk het ondersteunen van de waterschappen om struviet in te zamelen en te vervoeren)
3. doet dit niet vanuit commercieel of industrieel oogpunt, maar faciliteert de waterschappen
4. staat onder overheidsinvloed.

De GR is daarmee aanbestedingsplichtig en moet de opdracht voor het vervoer dus door middel van een Europese aanbestedingsprocedure in de markt zetten.

Omzetbelasting

In deze casus kwalificeert de GR als btw-ondernemer. De GR gaat immers struviet leveren aan buitenlandse afnemers en vraagt hiervoor een vergoeding. De levering van struviet is in beginsel belast met 21% btw. Indien de levering echter plaatsvindt aan een ondernemer in een andere EU-lidstaat en de struviet in het kader van de levering naar de afnemer wordt vervoerd, is het 0%-tarief van toepassing. De GR kan de inkoop-btw volledig in aftrek brengen (indien haar activiteiten alleen bestaan uit de levering van struviet). Daarbij is niet van belang dat de struviet naar het buitenland wordt geleverd. De inkoop-btw vormt voor de GR dan ook geen kostenpost. Wel zal zij aan de administratieve verplichtingen (boekhouding, bewaarplicht en doen van btw-aangifte) moeten voldoen.

Voor de waterschappen rijst de vraag of zij eveneens optreden als btw-ondernemer. Het waterschap dat een stuk land in erfpacht uitgeeft aan de GR, kwalificeert daarvoor in beginsel als btw-ondernemer. Uitgangspunt daarbij is wel dat het waterschap voor de erfpacht een meer dan symbolische vergoeding ontvangt. Ontvangt het waterschap geen vergoeding, dan kwalificeert het niet als btw-ondernemer.

Indien het waterschap voor de erfpacht als btw-ondernemer kwalificeert, dient allereerst te worden vastgesteld of vanuit fiscaal oogpunt sprake is van de levering of van verhuur van de grond. Er is sprake van een levering als de totale vergoeding (bedrag ineens en contante waarde van de toekomstige canonbetalingen) minimaal gelijk is aan de waarde in het economisch verkeer. Is de totale vergoeding lager, dan is sprake

van verhuur van de grond. Zowel de levering als de verhuur van de grond is in principe btw-vrijgesteld. Gevolg is dat het waterschap geen btw in rekening hoeft te brengen, maar de toerekenbare inkoop-btw ook niet in aftrek kan brengen. Aangezien de GR de grond echter gaat gebruiken voor haar btw-belaste activiteiten (verkoop van struviet), kan zowel bij een levering als bij de verhuur in beginsel worden geopteerd voor een btw-belaste levering/verhuur. In die situatie dient het waterschap ter zake van de levering/verhuur btw in rekening te brengen aan de GR, die de GR vervolgens weer in aftrek kan brengen. Voordeel voor het waterschap is dat het de aan de levering/verhuur toerekenbare inkoop-btw in aftrek mag brengen.

Ook voor het ter beschikking stellen van het struviet aan de GR kwalificeren de waterschappen als btw-ondernemer. In feite leveren zij immers struviet aan de GR en ontvangen zij daarvoor een vergoeding in de vorm van de verdeling van de opbrengst. De levering van het struviet is in principe belast met 21% btw. Daar staat tegenover dat het waterschap de inkoop-btw toerekenbaar aan het terugwinnen van de struviet uit het slib en de levering van het struviet in aftrek kan brengen. Deze btw vormt derhalve geen kostenpost. Uiteraard brengt het btw-ondernemerschap wel met zich mee dat het waterschap moet voldoen aan de administratieve verplichtingen (boekhouding, bewaarplicht en doen van btw-aangifte).

Vennootschapsbelasting

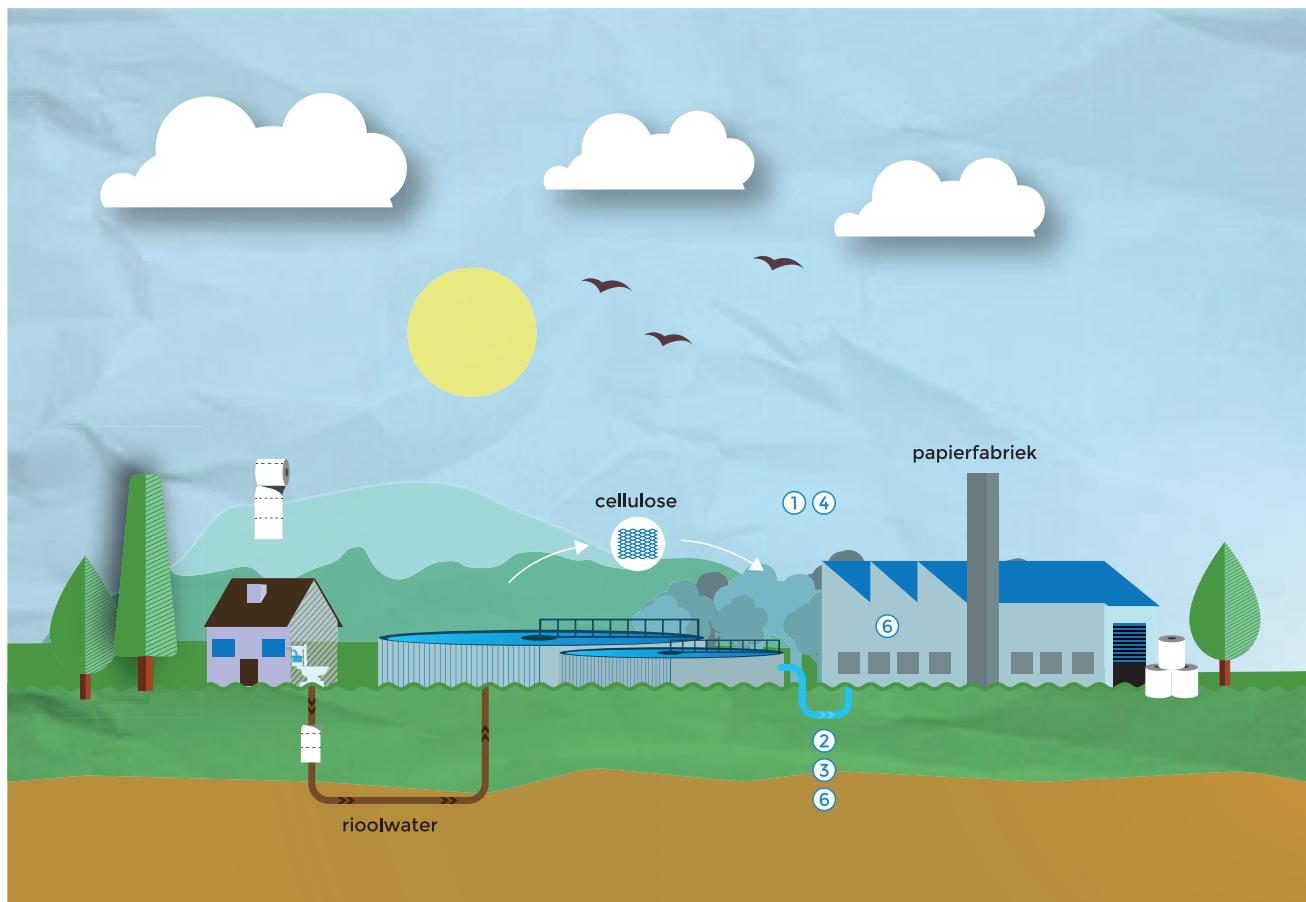
In het winnen van struviet uit slib valt op grond van de huidige wetgeving geen nijverheidsbedrijf te onderkennen. Van belastingplicht is dan geen sprake. De rechtspersoonlijkheid bezittende GR kan met ingang van 2016 wel als belastingplichtig kwalificeren. De GR zal immers een onderneming drijven. Naar verwachting kan niet kan worden voldaan aan de vereisten van de samenwerkingsvrijstelling, waardoor de GR belastingplichtig zal worden. De opbrengst uit de GR wordt als winst verdeeld over de deelnemende waterschappen. Gezien de rechtspersoonlijkheid van de GR is deze fiscaal niet als transparant te beschouwen. Over de door het waterschap ontvangen winst is regulier niet nogmaals vennootschapsbelasting verschuldigd door het waterschap, mits het belang in de GR niet tot het fiscale ondernemingsvermogen van het waterschap is te rekenen.

De pachtopbrengsten vormen voor het waterschap in beginsel geen ondernemingsinkomsten, waarmee deze opbrengsten niet belast zijn met vennootschapsbelasting. De door de GR betaalde pacht daarentegen vormen wel aftrekbare lasten die haar fiscale winst drukken.

Energiebelasting

Met de productie en levering van struviet ontstaat geen belastingplicht.

9.5 CASE 5: LEVERING VAN GEZUIVERD WATER



- | | |
|--|--|
| <p>1 Wettelijke taken
<i>Geen belemmeringen</i></p> <p>2 Afvalstoffenwet- en regelgeving
<i>Lozen op oppervlaktewaterlichaam</i>
<i>Handleiding "afval of niet?"</i>
<i>Einde afvalfase besluit</i></p> <p>3 Aanbestedingswet- en regelgeving
<i>Aanbesteding gemengde opdracht</i></p> | <p>4 Staatssteun, mededinging, markt en overheid
<i>Marktconforme prijs</i></p> <p>6 Fiscaal recht
<i>Btw-onderneming</i>
<i>Kosten voor gemene rekening</i>
<i>Inkoop-btw</i>
<i>Investeringsfaciliteiten</i></p> |
|--|--|

Achtergrond

Normaliter wordt gezuiverd rioolwater door het waterschap geloosd in het oppervlaktewater. Naast het terrein van de waterzuivering wordt de papierfabriek gebouwd. De papierfabriek heeft veel industrieel water nodig voor de verwerkingsprocessen. Daarnaast heeft de papierfabriek interesse in de cellulose die uit het rioolwater wordt gezeefd.

Businesscase

Het waterschap stelt een businesscase op dat bestaat uit de volgende elementen:

- Bij de nieuwbouw van de papierfabriek wordt door de aannemer van de nieuwbouw ook een pijpleiding opgeleverd tussen de papierfabriek en de waterzuivering van het waterschap.
- De kosten van de pijpleiding worden verdeeld tussen de papierfabriek en het waterschap.
- Het waterschap verkoopt het gezuiverde rioolwater aan de papierfabriek, waardoor de fabriek hier eigenaar van en verantwoordelijk voor wordt.
- Ook de uit het rioolwater gezeefde cellulose wordt door het waterschap verkocht aan de papierfabriek.

Toelichting

Wettelijke taken

De verschillende elementen van deze casus roepen wat de wettelijke taken van het waterschap betreft geen juridische bezwaren op. De activiteiten vinden plaats in het kader van de zuiveringstaak van het waterschap. Door de verkoop van het gezuiverde rioolwater en de cellulose aan de papierfabriek verlaagt het waterschap zijn kosten en worden overall doelmatigheidsvoordelen gerealiseerd. Het staat het waterschap vrij om dergelijke afspraken met deze fabriek te maken. Dat de kosten van de pijpleiding gezamenlijk gedragen worden, is redelijk. Wel zullen bij deze afspraken de mededingingsrechtelijke regels voor ogen moeten worden gehouden. De elementen van de casus passen ook volledig binnen de voorwaarden van de brief van de minister over de productie en levering van energie en grondstoffen door waterschappen.

Afvalstoffenwet- en regelgeving

Vaak loost een rwzi het gezuiverde afvalwater op een oppervlaktewaterlichaam. Dit is toegestaan als het gezuiverde afvalwater voldoet aan de daarvoor geldende lozings-eisen op grond van het Activiteitenbesluit en/of de voorschriften uit de omgevingsvergunning. Het te lozen afvalwater vormt een afvalstof.

Uit de casus blijkt dat de papierfabriek betaalt voor het gezuiverde afvalwater. Dit zou een aanwijzing kunnen zijn dat het water op het moment dat het de waterzuivering verlaat geen afvalwater meer is, maar een grondstof voor de productie van papier. Aan de hand van de Handleiding "Afval of niet" van RWS Leefomgeving, ministerie IenM, zou het waterschap samen met de papierfabriek onderzoek moeten doen om aan te tonen dat het gezuiverde water na afloop van het zuiveringsproces binnen de rwzi geen afvalstof meer is. Bij dit onderzoek zal onder meer aandacht moeten worden besteed aan de kwaliteitscriteria waaraan het gezuiverde water moet voldoen om door de papierfabriek

als proceswater te kunnen worden gebruikt. Het eindresultaat, zo nodig getoetst door de Helpdesk Afvalbeheer van RWS, kunnen zij aan de betrokken bevoegde gezagen (voor rwzi respectievelijk inrichting Wm) voorleggen met het verzoek om een besluit einde-afvalfase met betrekking tot het gezuiverde water te nemen. Een dergelijk besluit maakt het voor het waterschap mogelijk om het gezuiverde water zonder bijkomende vergunning-, meldings- en registratieverplichtingen op grond van de afvalstoffenwetgeving via de pijpleiding te leveren aan de papierfabriek. De papierfabriek mag dan het gezuiverde water zonder meer ontvangen.

Wanneer het bevoegd gezag (of beide betrokken bevoegde gezagen) het verzoek afwijst, moet het leveren van het gezuiverde water aan de papierfabriek in het licht van het afvalstoffenrechtelijke regime worden beschouwd. Concreet betekent dit dat het waterschap bij de afgifte van het gezuiverde water aan de papierfabriek en de papierfabriek bij de ontvangst daarvan aan alle daarvoor geldende verplichtingen uit hoofdstuk 10 Wm zullen moeten voldoen (meldingsplichten en een vergunning om afvalstoffen te mogen ontvangen).

Ook voor de levering van cellulose door het waterschap aan de papierfabriek blijkt een (kleine) markt te zijn. Dit zou een aanwijzing kunnen zijn dat de stof niet aangemerkt hoeft te worden als een afvalstof. Bij het aantonen van een markt voor cellulose zal echter meespelen dat de papierindustrie in algemene zin niet graag cellulose uit stedelijk afvalwater blijkt af te nemen vanwege herkomst en het bijbehorende imago-risico van deze stof.

Niettemin zou het waterschap, samen met de papierfabriek, ook voor de teruggewonnen cellulose kunnen proberen aan te tonen dat dit na afloop van het bewerkingsproces binnen de rwzi het karakter van afvalstof heeft verloren. Dit onderzoek vindt op dezelfde wijze plaats als hiervoor beschreven en zal aan het bevoegd gezag (bevoegde gezagen) moeten worden voorgelegd met het verzoek om een einde-afvalfase besluit te nemen met betrekking tot de teruggewonnen cellulose.

Wanneer het bevoegd gezag (of beide betrokken bevoegde gezagen) het verzoek afwijst, moet het leveren van de cellulose aan de papierfabriek in het licht van het afvalstoffenrechtelijke regime worden beschouwd. Dit heeft voor de verplichtingen van het waterschap en de papierfabriek dezelfde gevolgen als beschreven voor de levering van gezuiverd water in de hoedanigheid van afvalstof.

Aanbestedingswet- en regelgeving

Omdat de kosten van de pijpleiding gedeeltelijk worden vergoed door het waterschap, zou de aanleg van de pijplijn in beginsel moeten worden aanbesteed. Het hoofdonderwerp van de opdracht is echter de

bouw van de papierfabriek. Omdat dit onderdeel niet aanbestedingsplichtig is (de opdracht wordt immers gegeven door een private onderneming die niet aanbestedingsplichtig is), kan men aannemen dat de aanleg van de pijpleiding ook niet aanbestedingsplichtig is.

Staatssteun, mededinging, markt en overheid

Voor de verkoop van zowel het gezuiverde rioolwater als de cellulose geldt dat dit dient te gebeuren met marktconforme prijzen. Wanneer het waterschap te weinig voor deze producten vraagt, zou de papierfabriek hier immers een voordeel van hebben ten koste van overheids-geld (staatssteun).

Omzetbelasting

De papierfabriek kwalificeert in principe als btw-ondernemer; deze zal immers papier tegen vergoeding gaan verkopen. Bij de aanleg van de pijpleiding in opdracht van de papierfabriek rijst de vraag of de papierfabriek hiermee een prestatie aan het waterschap verricht, waarvoor de doorbelasting van de kosten de vergoeding vormt. Dit is in beginsel het geval en de papierfabriek zal de kosten voor de aanleg van de pijpleiding dan ook met 21% btw bij het waterschap in rekening moeten brengen. Daar staat tegenover dat de papierfabriek de toerekenbare inkoop-btw volledig in aftrek kan brengen. De btw die de papierfabriek bij het waterschap in rekening brengt, komt bij het waterschap voor aftrek in aanmerking voor zover de pijpleiding wordt gebruikt voor btw-belaste prestaties.

Indien de verdeling van de kosten van de pijpleiding van tevoren vaststaat en de papierfabriek de kosten zonder winstopslag doorberekent, zou evenwel ook gebruik kunnen worden gemaakt van het leerstuk van kosten voor gemene rekening. De papierfabriek hoeft in die situatie geen btw aan het waterschap in rekening te brengen. Daar staat echter tegenover dat de papierfabriek - voor zover zij de kosten van de aanleg van de pijpleiding aan het waterschap doorberekent - ook geen recht op aftrek heeft. De inkoop-btw toerekenbaar aan het deel dat het waterschap voor zijn rekening neemt, komt rechtstreeks bij het waterschap voor aftrek in aanmerking voor zover de pijpleiding wordt gebruikt voor btw-belaste prestaties.

Bij de levering van het gezuiverde rioolwater en de cellulose treedt het waterschap in principe op als btw-ondernemer. Er worden immers duurzaam, tegen vergoeding, goederen geleverd, waarbij het waterschap niet handelt binnen een specifiek voor het waterschap geldend juridisch regime. Het waterschap zal aan de papierfabriek dan ook btw in rekening moeten brengen (6% voor het water en 21% voor de cellulose). Daar staat tegenover dat het waterschap de inkoop-btw toerekenbaar aan de levering van het water en de cellulose in aftrek kan brengen. Uiteraard brengt het btw-ondernemerschap wel met zich mee dat het

waterschap moet voldoen aan de administratieve verplichtingen (boekhouding, bewaarplicht en doen van btw-aangifte).

Vennootschapsbelasting

De levering van (gezuiverd riool)water is wettelijk expliciet uitgezonderd als nijverheidsbedrijf. Dat geldt niet voor de levering van cellulose. Het is niettemin pleitbaar op grond van de huidige wetgeving dat van belastingplicht geen sprake is omdat geen sprake is van een nijverheidsbedrijf. Met ingang van 2016 verandert dit. Het waterschap wordt dan geacht een onderneming te drijven en belastingplicht ontstaat. De (gezamenlijke) investering in de pijpleiding kan (naar rato) leiden tot toepassing van investeringsfaciliteiten, waardoor de effectieve heffingslast van het waterschap wordt beperkt.

Energiebelasting

Met de productie en levering van water en cellulose ontstaat geen belastingplicht.

9.6 CASE 6: SUBSIDIE VOOR ZONNEPANELEN



1 Wettelijke taken *Geen watersysteem- en/of zuiveringstaak*

Het waterschap juicht de actie van de Stichting Zonnedaken om via gunstige contracten de installatie van zonnepanelen op daken van woningen te bevorderen vanuit duurzaamheidsoogpunt sterk toe. Het besluit de Stichting Zonnedaken een subsidie van € 500.000 toe te kennen, waardoor huiseigenaren nog gunstiger leveringscondities kunnen worden aangeboden. Tevens besluit het waterschap om samen met de stichting een leverings- en installatiebedrijf op te richten.

Toelichting

Het plaatsen van zonnepanelen op daken van woningen heeft, hoe positief ook, niets te maken met de wettelijke watersysteem- en zuiveringstaak van het waterschap. Het waterschap dient zich hier dan ook verre van te houden. Activiteiten in deze richting passen ook niet binnen de voorwaarden van de brief van de minister over de productie en levering van energie en grondstoffen door waterschappen. Zij vinden immers niet plaats in het kader van de wettelijke taken van de waterschappen. Verder mogen deze activiteiten ook niet worden gefinancierd uit de opbrengsten van de zuivering- en watersysteemheffing.



Bijlagen

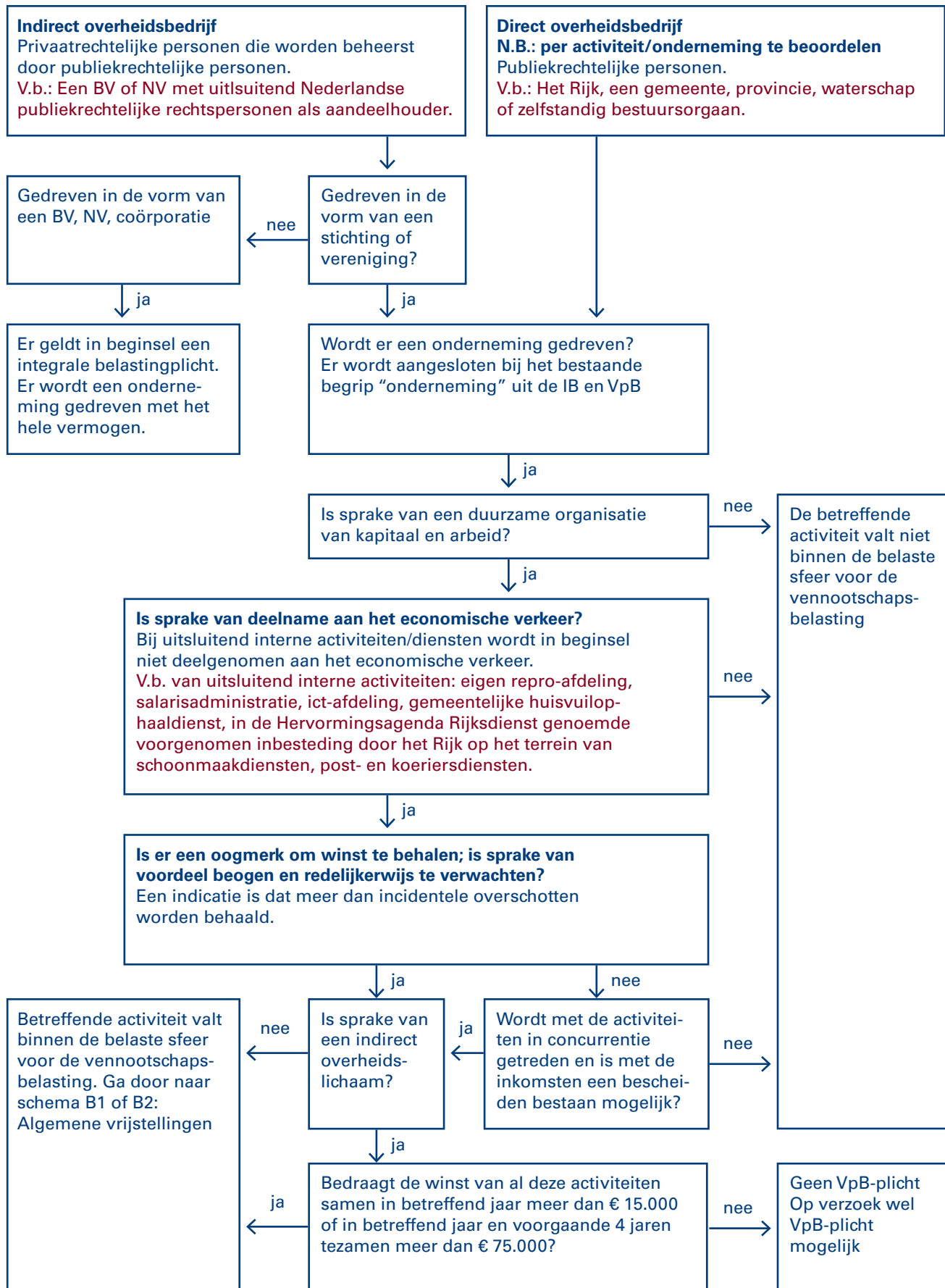
BIJLAGE 1 Afwegingskader samenwerkingsvormen
(Hoofdstuk 6 Samenwerking en organisatievormen)

KENMERKEN	RECHTSVORM		
	B.V. / N.V.	STICHTING	COÖPERATIE
Doel	divers	Statutair doel moet vastliggen, neven-doelstellingen mogelijk	Statutair doel moet vastliggen voorzien in bepaalde stoffelijke behoeften van haar leden krachtens overeenkomsten
Oprichting	Notariële akte en inschrijving in handelsregister	Notariële akte en inschrijving in handelsregister	Notariële akte en inschrijving in handelsregister en overeenkomsten met leden
Kapitaal bij oprichting vereist	B.V.: Nihil / N.V.: € 45.000	Nihil, indien er vermogen is dan sprake van doelgebonden vermogen	Nihil
Winst	Winst aan aandeelhouders	Geen winstuitkering mogelijk, wel uitkering met ideële of sociale strekking.	winstuitkering aan leden
Organen	Bestuur / 'directie' Aandeelhouder Eventueel Raad van Commissarissen	Bestuur 'contribuanten' / aangeslotenen zonder bevoegdheden mogelijk	Bestuur Leden / Ledenraad
Toezicht	RvC indien in statuten opgenomen	RvT/RvC, Rechtbank/OM	ALV, statuten aanvullend RvC
Aansprakelijkheid (bij schulden)	Bestuur (onbehoorlijk bestuur en onterechte uitkering aan ava) Aandeelhouder alleen voor het deel van de inbreng	Bestuur (onbehoorlijk bestuur)	Bestuur (onbehoorlijk bestuur) (oud) leden zijn gezamenlijk aansprakelijk voor tekort bij ontbinding, tenzij uitgesloten door BA (beperkte aansprakelijkheid) of UA (uitgesloten aansprakelijkheid) achter naam van coöperatie.
Zeggenschap	1 aandeel = 1 stem, maar bij B.V. kan statutair 'flexibel stemrecht'; bijv. meervoudig stemrecht onafhankelijk van het aandelenbezit of geen stemrecht	Statutair (bestuurders)	1 lid = 1 stem, statuten kunnen aan bepaalde leden meer dan één stem toekennen
Uittreding	Verkoop van aandelen	Statutair geregeld	lid kan per direct opzeggen binnen een maand nadat een besluit is genomen, waarbij zijn rechten zijn verzwaaard; eventueel voorwaarden (uittreedgeld) verbonden aan opzegging. Door opzegging door de coöperatie zelf (bijv. lid voldoet niet aan vereisten die in statuten staan) of royement.
Toetreders	Aandelen nemen (nieuw of overdracht) Nieuwe bestuurder	Uitbreiding bestuur	Toetreden leden Statuten: ook met anderen overeenkomsten aan te gaan; mag niet in een zodanige mate, dat de overeenkomsten met de leden slechts van ondergeschikte betekenis zijn.

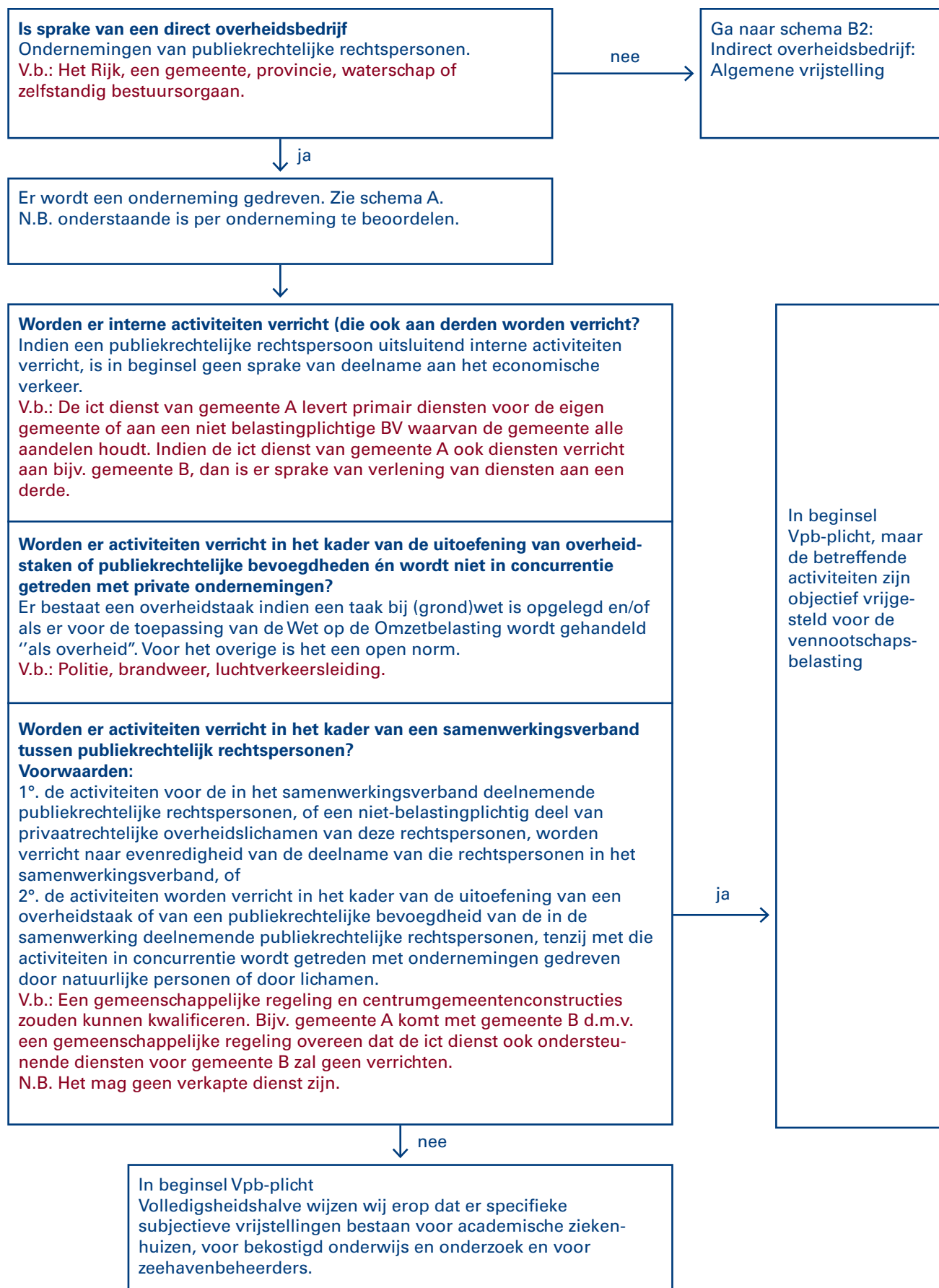
VERENIGING	'GEMEENSCHAPPELIJKE REGELING' OPENBAAR LICHAAM	JOINT VENTURE (JV) IN VORM VAN B.V.
Statutair doel moet vastliggen; mag niet zijn het voorzien in stoffelijke behoeften van de leden	Samenwerking met publieke partijen	divers
Notariële akte en inschrijving in handelsregister	Door deelnemende bestuursorganen	Notariële akte en inschrijving in handelsregister
Nihil	Nihil	B.V.: Nihil
Geen winstuitkering mogelijk	'terugstorting' naar deelnemers	Winst aan aandeelhouders van JV.
Leden / ALV aangeslotenen zonder bevoegdheden mogelijk	Algemeen Bestuur Dagelijks bestuur Voorzitter Bestuurscommissies	Bestuur / 'directie' Aandeelhouder Eventueel Raad van Commissarissen
ALV, statuten aanvullend RvC	AB op DB en ook vanuit deelnemers	RvC indien in statuten opgenomen
Bestuur (onbehoorlijk bestuur)	Deelnemers	Bestuur (onbehoorlijk bestuur en onterechte uitkering aan ava) Aandeelhouder alleen voor het deel van de inbreng
1 lid = 1 stem, tenzij statuten anders bepalen	In de GR opgenomen	1 aandeel = 1 stem, maar bij B.V. kan statutair 'flexibel stemrecht'; bijv. meervoudig stemrecht onafhankelijk van het aandelenbezit of geen stemrecht
Statutair geregeld	In de GR opgenomen	Verkoop van aandelen
Toetreden leden uitbreiding bestuur	In de GR opgenomen	Aandelen nemen (nieuw of overdracht) Nieuwe bestuurder

BIJLAGE 2 Vennootschapsbelasting (Hoofdstuk 7): toekomstige wetgeving, stand per oktober 2014

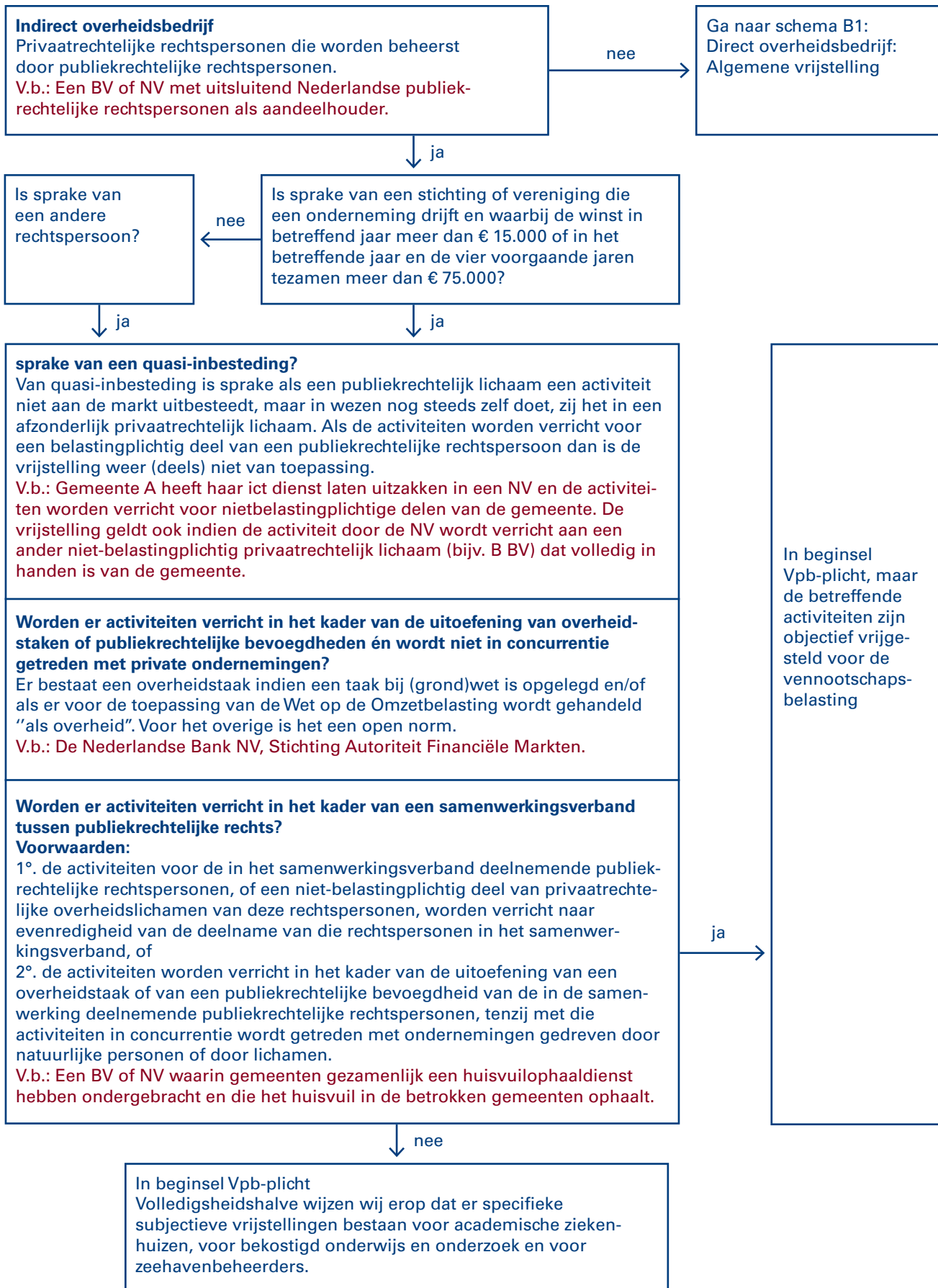
Schema A: Wordt er een onderneming gedreven?



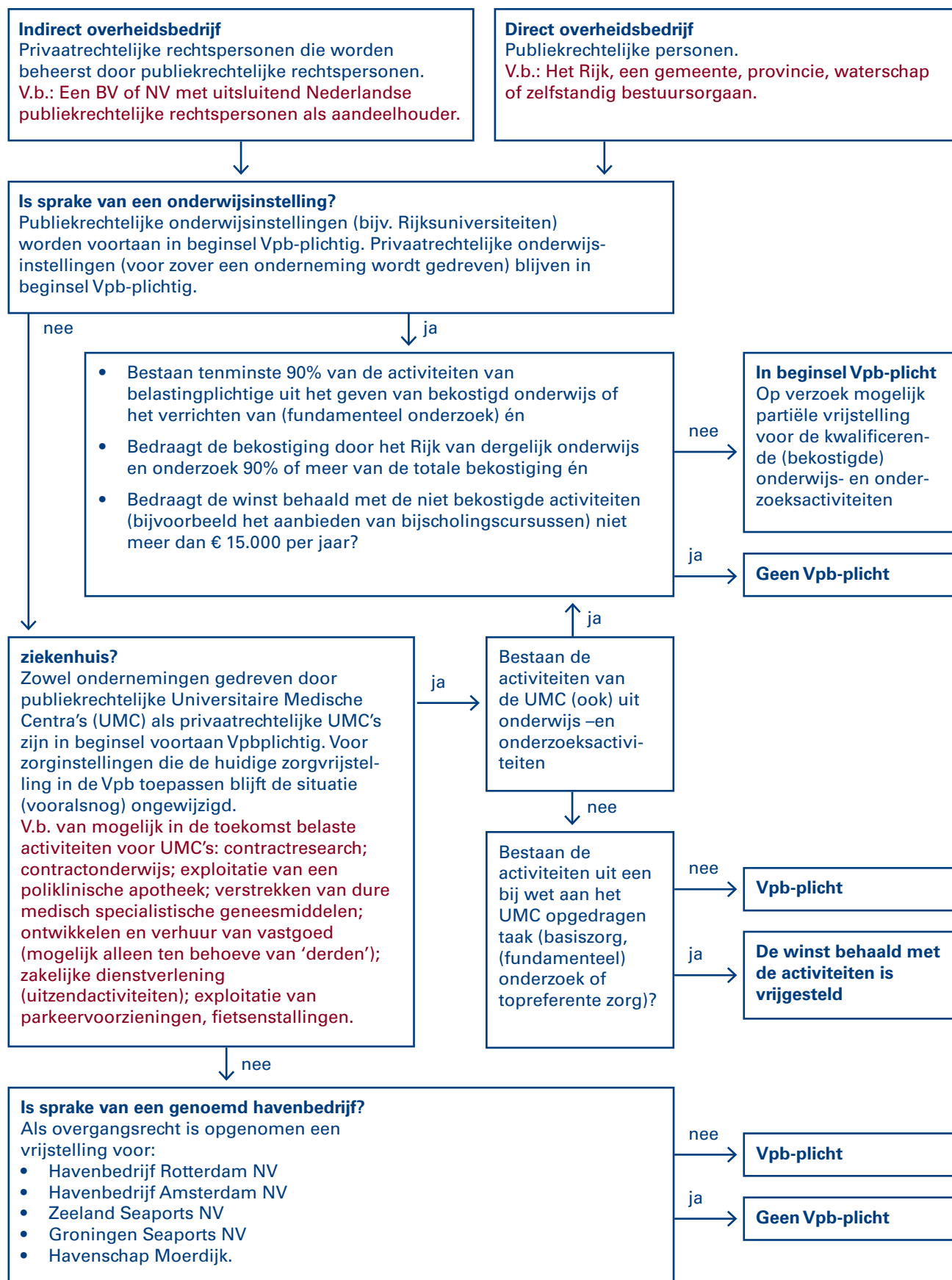
Schema B1: Algemene vrijstelling voor een direct overheidslichaam?



Schema B2: Algemene vrijstelling voor een indirect overheidsbedrijf



Schema C: Specifieke vrijstellingen voor onderwijsinstelling; academisch ziekenhuis of havenbedrijf



Trefwoordenregister

- A**
- aanbestedende dienst 50, 51, 52, 53, 55
 - aanbestedingen 49
 - Aanbestedingswet 2012 51, 58
 - afschrijvingsbeperkingen 108
 - afvalstoffen 35, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 44, 46, 47, 114, 184
 - afzonderlijke rechtspersoon 106
 - algemene wettelijke taakopdracht 26
 - Allen & Overy 24
 - als btw-ondernemer 86
 - als niet btw-ondernemer 86
 - als overheid 86
 - autonome vrijheid 27
- B**
- B-diensten 52
 - bedrijfsvoeringsorganisatie 78
 - belastingplicht voor overheidsondernemingen 112
 - belastingrechter 32
 - biogas 145
 - biomassa 150
 - biotickets 150
 - brede kijk 27
 - breder spoor 24
 - btw 85
 - btw-aangifte 89
 - btw-belast detacheren van personeel 101
 - btw-compensatiefonds 96
 - btw-ondernemer 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 101, 163, 169, 174, 175, 180, 181, 185
 - Build-Operate-Transfer-methodiek 55
- C**
- cellulose 30, 182, 183, 186
 - centrumconstructie 77
 - commerciële activiteiten 24
 - coöperatie 80
- D**
- DAEB. Zie dienst van algemeen economisch belang
 - de-minimis verordening 68, 71
 - dienstbaar 24
 - dienst van algemeen en economisch belang 68
 - Diepdelverscommissie 29
 - doelmatig 23
 - drinkwaterbedrijven 24
 - duurzaam 28, 29
 - duurzaamheid 23, 26, 28, 29, 62, 168
 - duurzaamheidsoverwegingen 25
- E**
- EDM/consortiumgedachte 100
 - effluentwarmte 128
 - einde-afvalstadium 41
 - elektriciteitsnetten 137
 - energiebelasting 118
 - energieverbruiker 25
 - etiketteringsvraagstukken 108
 - experimenteerbepaling 32
- F**
- financiering 31, 33, 68
 - fiscale eenheid 97
 - fiscale reserves 108
- G**
- garanties van oorsprong 126
 - geen vergunningplicht 136
 - geen wettelijke belemmeringen 24
 - gemeenschappelijke regeling 77
 - gemeenschappelijke regeling met openbaar lichaam 78
 - gemeenschappelijk orgaan 77
 - geormerkte middelen 24
 - gesloten distributiesysteem 138
 - Gids Proportionaliteit 52, 162
 - grensoverschrijdend belang 49, 52
 - groen gas 126
 - groepsvrijstellingen 67, 72
 - Grondstoffen rwzi 37
 - grootverbruiker 149
 - GVO. Zie garanties van oorsprong
- H**
- haalbaarheid 37
 - Handleiding \“Afval of niet\” 36, 42, 45, 47, 178, 183
 - Helpdesk Afvalbeheer van Rijkswaterstaat 36, 43, 45
 - herstructurering 101
 - hoedanigheden 86
 - holding 83
 - holdingconstructie. Zie holding
 - hoofdvoorwerp 56
- I**
- inkoop-btw 89
 - Innovatiefaciliteiten 108
 - Investeringsfaciliteiten 108
 - invoeding 145
- K**
- kartelverbod 67
 - KB 27
 - Kennisplatform Afval 43
 - kleinschalige levering van warmte 127
 - kleinverbruikers 125, 126, 127, 128, 129, 133, 134, 135, 136, 137, 141, 142, 144, 145, 148, 149, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 160, 170, 171, 176
 - koepelvrijstelling 98
 - kostbaar 28
 - kostenbesparingen 29
 - kostendekkend 33
 - kringlopen 26
- L**
- Landelijk afvalbeheerplan 42
 - levering 24
 - levering van elektriciteit door waterschappen 133

M

markt 24, 26, 31, 33, 36, 39, 42, 43, 44, 47, 48, 49, 53, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 72, 91, 114, 116, 125, 126, 127, 133, 139, 146, 150, 156, 162, 163, 165, 168, 169, 170, 174, 176, 179, 180, 184, 185

marktactiviteiten 23, 32

marktprijs 66

meststoffenwetgeving 45

minimumkapitaal 79

minister 24, 25, 28, 29, 32, 33, 187

minister van I&M 35, 36, 44

N

netbeheerder 125, 126, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 137, 138, 139, 142, 143, 144, 145, 148, 152, 153, 166, 171

nijverheidsbedrijf 105

nuttige toepassingshandelingen 41

O

omgevingsvergunning 40

omzetbelasting 85

onderneming 49, 55, 61, 62, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 75, 80, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 117, 162, 163, 164, 169, 175, 181, 185, 186

ondernemingsactiviteit 64

ondernemingsbelangen 82

onverbindend 33

openbaar aanbesteden 57

optreden als overheid of als ondernemer 94

overheidsbedrijven 65

overheidsopdrachten 49, 50. Zie overheidsopdracht

overheidstaken 75, 112, 113, 114

P

papierindustrie 46

particulier elektriciteitsnet 126

PPS 55, 58, 80, 163, 168

predicaat grondstof 41

predicaat van afvalstof 37

Prinsjesdag 2014 112

productie van elektriciteit 133

programmaverantwoordelijke 125

programmaverantwoordelijkheid 134

publieke taak 24, 27

publiek-publieke samenwerking 54

publiekrechtelijke overeenkomsten 79

publiekrechtelijke rechtspersoon 105, 113, 115, 116

publiekrechtelijke varianten 77

publiekrechtelijk instellingen 51

Q

Quasi-inbesteden 53

R

randvoorwaarden 25

REACH 36, 38, 41, 44

RebelGroup 24

Recht op aftrek 88

rechtspersoonlijkheid 51, 58, 75, 77, 78, 115, 180, 181

regeling zonder meer 77

S

SDE+-subsidie 150

secundaire grondstof 37

snoeiafvalverbranding 30

soevereiniteit van de staat 64

speciale-sectorbedrijf 56

staatsmiddelen 65, 72

stedelijk afvalwater 31, 35, 37, 40, 42, 45, 46, 47, 184

Stedelijk afvalwater 37

stemrecht 79, 83, 190

steunverlener 66

stichting 80

Stowa-rapport 24, 25, 27, 31, 33

struviet 37

surplus 29

T

tankstation 127

terugleververgoeding 125

U

uitsluitend recht 54

uitvoering van de wettelijke taken 24

Universiteit Utrecht 23

V

van rechtswege belastingplichtig 104

vennootschap 53, 75, 82, 83, 84, 104, 106, 173, 175

vennootschapsbelasting 103, 104

verbranden 26

verbruiker 119

verbruiksbelasting 118

vereniging 80

vooraf melden bij de Europese Commissie 61, 62

vrachtwagens 127

vragenlijst uit de Handleiding 36, 43, 47

W

watersysteemheffing 31, 32

Wet markt en overheid 31, 61, 62, 64

Wet milieubeheer 37

wetsgeschiedenis 27

wetswijziging 25, 28, 33

wettelijke taakstelling 23

Wet verontreiniging oppervlaktewateren 27, 28

wijziging van de Waterschapswet en de Waterwet 24

Windmill-doctrine 26

Z

zuiveringsheffing 23, 31, 32

Berenschot Groep B.V.
Europalaan 40
3526 KS Utrecht
T +31 (0)30 291 69 16
E contact@berenschot.nl
www.berenschot.nl

Berenschot is een onafhankelijk organisatieadviesbureau met 350 medewerkers wereldwijd. Al ruim 75 jaar verrassen wij onze opdrachtgevers in de publieke en private sector met slimme en nieuwe inzichten. We verwerven ze en maken ze toepasbaar. Dit door innovatie te koppelen aan creativiteit. Steeds opnieuw. Klanten kiezen voor Berenschot omdat onze adviezen hen op een voorsprong zetten.

Ons bureau zit vol inspirerende en eigenwijze individuen die allen dezelfde passie delen: organiseren. Ingewikkelde vraagstukken omzetten in werkbare constructies. Door ons brede werkterrein en onze brede expertise kunnen opdrachtgevers ons inschakelen voor uiteenlopende opdrachten. En zijn we in staat om met multidisciplinaire teams alle aspecten van een vraagstuk aan te pakken.

Berenschot is aangesloten bij de E-I Consulting Group, een Europees samenwerkingsverband van toonaangevende bureaus. Daarnaast is Berenschot lid van de Raad voor Organisatie-Adviesbureaus (ROA) en hanteert de ROA-gedragscode.